



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Un análisis crítico de las Cláusulas Suelo

An analysis critical of the clauses floor

Autora

Carmen Pilar Pardo Domínguez

Directora

Aurora Sevillano Rubio

Facultad de Economía y Empresa

2016

Autora: Carmen Pilar Pardo Domínguez

Directora: Aurora Sevillano Rubio

Título: Un análisis crítico de las Cláusulas Suelo

Titulación: Grado en Finanzas y Contabilidad

Línea: Gestión de Operaciones en Entidades Financieras

RESUMEN.

En este Proyecto presentamos un estudio sobre las cláusulas “suelo”, una investigación del tipo documental dirigida al análisis de dichas cláusulas cuya incorporación venía impuesta por una sola de las partes. Desequilibra razonablemente los derechos y obligaciones tanto de los bancos como de los consumidores afectados.

También analizaremos los factores que podrían explicar la actuación de ciertas entidades financieras y la evolución de la problemática que ha creado la aplicación de estas cláusulas a los contratos hipotecarios.

En la actual situación económica miles de familias se encuentran con la imposibilidad de hacer frente a todas sus deudas. Vender la vivienda para hacer frente a esta deuda ha dejado de ser una opción ya que con el estallido de la burbuja inmobiliaria ésta vale mucho menos que la cantidad que queda por amortizar.

La concesión del crédito está cada vez más limitada, por tanto, las dificultades de los consumidores para poder acceder a un préstamo hipotecario. Además, cuando se consigue acceder al mismo, encontramos que siguen aplicándose condiciones poco beneficiosas.

Aunque los bancos han contribuido decisivamente a la situación actual de crisis, han estado recibiendo importantes ayudas

económicas por parte de los poderes públicos. Ninguna de estas ayudas ha repercutido en beneficio de los consumidores.

SUMMARY

In the following Project we are introducing a study on the “floor clauses”. It will consist on a documentary research regarding such clauses whose incorporation is came imposed by just one of the parties, thus, greatly unbalancing the rights and obligations of both the banks and the clients concerned in these contractual relationships.

It will also be covered the factors that could explain the performance of certain financial institutions and the development of the problems which have arisen due to the application of these clauses to mortgage contracts.

Owing to the current economic situation, there are thousands of families who find themselves unable to meet all their debts, being the mortgage the greatest economic burden of all. It is no longer an option to sell the house in order to deal with the mentioned debt, since, as a consequence of the bursting of the real-estate bubble, turns out to be worth much less than the amount to be amortized.

On the other hand, granting credit is increasingly limited, which, in turn, makes it more difficult for the consumers to access a mortgage loan. Furthermore, once an access to a mortgage is granted, we find that conditions that provide little benefit for the mortgagors are still being applied.

Although financial institutions have significantly contributed to the current crisis, they have been receiving substantial financial support from public authorities. None of these subsidies have resulted in some benefits to consumers.

OBJETIVOS.

Los objetivos generales en el desarrollo de este trabajo no son otros que explicar la trayectoria de las cláusulas suelo y el engaño que supuso para los consumidores que firmaron sus contratos hipotecarios por el desconocimiento de la existencia de esta cláusula, la cual iba a provocar que sus cuotas mensuales se estancaran con la bajada del Euribor.

Cuando hablamos del desconocimiento del consumidor nos referimos a que los clientes, bien por su ignorancia financiera o bien porque no fueron informados correctamente, no conocían la existencia de esta cláusula limitativa, que más tarde afectaría a sus cuotas mensuales con la bajada de los tipos de interés. Esto era debido a que los tipos de interés estaban muy altos y nadie preveía semejante caída, nadie más que ellos.

El objetivo de cada uno de los consumidores es deshacerse de esta cláusula y recuperar las cantidades pagadas de más. Como dicta la Sentencia del 9 de mayo de 2013, las cláusulas son declaradas NULAS y por ello tendría que devolverse todo el dinero pagado de más desde la firma de la hipoteca. Si por el contrario sólo se devuelve desde la fecha fijada por el Tribunal Supremo tendrían que ser declaradas ANULABLES, no nulas. Algo que se declara nulo, lo es desde el principio.

A lo largo del trabajo desarrollamos como las diferentes sentencias han fallado a favor del consumidor, declarando nulas las cláusulas de los contratos poco transparentes de varias entidades.

Algunas de las sentencias que más adelante explicamos han creado jurisprudencia por lo que consideramos que se ha cumplido uno de los objetivos primordiales en esta materia.

El objetivo final aun no tiene respuesta, hasta finales de año, previsiblemente para este próximo otoño, los jueces del Tribunal de Justicia no dictarán sentencia sobre este asunto.

A todas aquellas personas que han confiado en mí en la realización de este trabajo y me han ayudado, porque sin ellas, no lo hubiera conseguido.

ÍNDICE

1-INTRODUCCIÓN..... 8-9

2-CLÁUSULAS SUELO.....10-19

2.1- ¿Qué son las cláusulas suelo?

2.2- ¿Por qué se pone en duda la legalidad de las cláusulas suelo?

2.3- ¿Qué entidades aplican cláusula suelo? ¿Cuál es la situación?

2.4- Asociaciones.

3-EL ANTES Y EL DESPUÉS DE LAS CLÁUSULAS

SUELO..... 19-38

3.1- Antecedentes de las Cláusulas Suelo.

3.2- Pasos que debemos seguir para saber si nuestro préstamo contiene cláusula.

3.3- Ejemplo de hipoteca con cláusula suelo para saber cuánto ha pagado de más el consumidor.

3.4- Tras el rescate bancario, ¿qué condiciones hipotecarias ofrecen los bancos?

3.5- Propuesta de Regulación.

9-CONCLUSIONES.....39-49

10-BIBLIOGRAFÍA.....44-45

11-ANEXOS

Anexo 1: Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994

Anexo2: Artículo 82 del Real Decreto Ley 1/2007 Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios.

Anexo 3: Comunicado del Poder Judicial.

Anexo 4: Macrosentencia.

Anexo 5: Listado de los 40 bancos.

Anexo 6: Real Decreto 6/2012 – Código de Buenas Prácticas.

Anexo 7: Banco de España se pronuncia en el Senado.

Anexo 8: Sentencia Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

Anexo 9: Contrato de Novación del Préstamo.

Anexo 10: Sentencia número 175/2016 14 de septiembre.

Anexo 11: Modelo demanda cláusula suelo.

1-INTRODUCCIÓN.

Sin lugar a duda el préstamo hipotecario es el más destacado compromiso financiero de los consumidores españoles, y constituye la principal carga de endeudamiento sobre los presupuestos familiares.

A lo largo de este trabajo vamos hablar de la cláusula suelo, la problemática que ésta conlleva y el camino que el consumidor lleva años realizando, con la ayuda de asociaciones y despachos, para conseguir que la justicia les dé la razón.

Tendremos que esperar hasta finales de este año para poder tener una sentencia firme, pero ya podemos hablar de todo lo que se ha conseguido, el conjunto de decisiones de los tribunales sobre esta materia que han creado jurisprudencia, de las cuales se puede extraer la interpretación dada por los jueces a una situación concreta.

Este informe expone los argumentos que definen la abusividad indudable de las cláusulas suelo, junto a las consecuencias que su aplicación tiene en los consumidores. Para finalmente concretar mi propuesta de regulación, propuesta que yo decido añadir y que debería ser aplicada para que nunca más vuelva a suceder este tipo de engaños, y si lo hay que se paguen justamente y no interponiendo una fecha clave que beneficie a unos pocos, en este caso los bancos.

Una de las dificultades más evidentes a la hora de evaluar el impacto real de las cláusulas suelo la constituye la ausencia de datos estadísticos exactos y globales sobre el número de hipotecas que incorporan esta clase de condición limitativa. A lo largo del trabajo se han tomado en cuenta factores como el número de hipotecas formalizadas en el periodo 2006-2009, el número de préstamos con garantía hipotecaria a interés variable y la cuota de

mercado de las entidades que han incluido esta cláusula. Así, con estos datos, podemos estimar, del total de hipotecas a tipo variable comercializadas por el total de entidades del sector, cuantas incorporan cláusulas suelo.

Pese a la incertidumbre que domina toda cuestión económica sobre predicciones futuras, en general, bajo mi punto de vista, se hace evidente que las entidades de crédito, tanto por su acceso a datos como por su capacidad de análisis de los mismos, tienen una perspectiva bastante certera de los futuros movimientos financieros y económicos. Sólo así puede entenderse la seguridad con que emiten sus juicios.

2-CLÁUSULAS SUELO.

2.1-¿Qué son las Cláusulas Suelo?

Las cláusulas “suelo” o suelo hipotecario, es una cláusula contractual que los bancos incluían en la mayoría de las hipotecas y que establecía un mínimo a pagar en las cuotas del préstamo hipotecario aunque los intereses ordinarios que se habían acordado con la entidad financiera estuviesen por debajo, es decir, limitaban a la baja el tipo de interés variable que el cliente iba a pagar en sus cuotas del préstamo. Se trata de una tasa de intereses que se calcula a nivel europeo (Euribor) y que fluctúa constantemente.

Dependiendo de la normativa del país, las condiciones del contrato, su transparencia y claridad, puede considerarse una cláusula abusiva, ilegal y nula, ya que obligan al cliente a pagar un tipo de interés variable sobre el capital concedido. Este tipo de interés variable se compone de dos factores: el Euribor más un % adicional denominado “diferencial”.

Las cláusulas “suelo” lo que provocan es que la bajada del tipo de interés variable como consecuencia de la bajada del Euribor no beneficie a los clientes, quienes se ven obligados a pagar un tipo de interés superior al que les correspondería aplicando la fórmula del interés variable (Euribor + diferencial). De esta forma, el Banco se garantiza un tipo de interés mínimo con independencia de lo que pueda bajar el Euribor en cada revisión anual de la hipoteca.

2.2-¿Por qué se pone en duda la legalidad de las Cláusulas “Suelo”?

Las cláusulas “suelo” no son ilegales de forma automática. Es un error muy común considerar que todas las cláusulas suelo son nulas. Las cláusulas suelo son nulas cuando no se cumplen determinados requisitos legales de información y transparencia definidos con claridad en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

Para considerar una cláusula abusiva de acuerdo al artículo 82.1 del Real Decreto Ley 1/2007 Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, debe tratarse, entre otras consideraciones, que más adelante explicaremos, de “estipulaciones no negociadas individualmente” por incluir “condiciones generales de la contratación” que configuran una contratación “por adhesión”, es decir, una aceptación de tales condiciones respecto de las cuales el consumidor se limita a prestar su conformidad sin posibilidad alguna de negociarla de forma individualizada atendiendo a sus intereses.

El rasgo diferenciador del contrato de adhesión con condiciones generales frente al convencional es que en aquéllos desaparece por completo la “libertad de negociación” del consumidor. Pues bien, pese a intervenir un fedatario público y existir una fase previa de información (cumpliendo con las obligaciones legales impuestas por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994¹, vigente hasta 2012), no cabe duda que una escritura de préstamo hipotecario constituye un contrato de esta naturaleza. Así lo ponen de manifiesto algunas sentencias (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1996: “la negociación bilateral es mínima, imponiendo el Banco Hipotecario condiciones y privilegio”, calificándolos de contratos de adhesión).

Los criterios para considerar abusivas estas cláusulas se sostienen en virtud del artículo 82,85 y 90 del Real Decreto Ley 1/2007², de 16 de noviembre, 10 Ley de Consumidores y Usuarios de 20047.

En aplicación a este artículo apreciamos diversas razones para determinar el carácter abusivo:

1.-Limitación de los derechos de los consumidores y usuarios.

¹ ANEXO 1

² ANEXO 2

En primer lugar, de acuerdo a la Norma Sexta, número 7, segundo párrafo de la Circular 8/1990 del Banco de España.

Es evidente que la operativa de estas cláusulas suelo produce un perjuicio económico a los consumidores, un perjuicio que no cabe justificar, como continúa el mencionado artículo, en el “acuerdo mutuo de las partes” ya que, como hemos visto, en sede de “contratos de adhesión” no es posible hablar de “acuerdo”, sino una adhesión incondicionada del consumidor a las condiciones generales unilateralmente predispuestas por el prestamista.

En segundo lugar, si bien la posibilidad de pactar máximos y/o mínimos a la variación del tipo de interés aplicable en préstamos hipotecarios está prevista expresamente en la normativa de transparencia exigible a las entidades de crédito (apartado 3 del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994), transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, no es menos cierto que tal posibilidad exige *“a las entidades que informen previamente a sus clientes de la existencia y alcance de estas cláusulas en la medida en que vayan a incorporarse a sus contratos”*, como reconoce el Servicio de Reclamaciones del Banco de España en su Memoria de Reclamaciones del año 2008. Obligación en todos los casos no cumplida por las entidades. Además, este derecho de información no es absoluto ya que no convalida por sí mismo cualquier estipulación limitativa de los intereses económicos de los consumidores, como refleja el apartado 3 del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994 en su letra b).

En tercer lugar, la aplicación de una cláusula limitativa de esta naturaleza (“suelo”) se convierte prácticamente en un préstamo de “tipo fijo encubierto” durante el periodo en el que los índices de referencia aplicables se sitúan por debajo de los estipulados en el contrato de préstamo. El consumidor, al contratar un préstamo a “tipo variable” lo hace con el convencimiento de asumir un riesgo de subida, pero también con la expectativa de beneficiarse de la

bajada en los mismos. Esta actuación unilateral de las entidades de crédito “defrauda las expectativas” de los consumidores, y constituye por tanto una condición abusiva para sus derechos.

2.-Vinculan el contrato a la voluntad del empresario por la determinación no objetiva del tipo aplicable, establecido en interés de una de las partes, la entidad de crédito predisponente, y en base a su superior posición en la relación negocial.

Según la Norma Sexta número 7, cuarto párrafo de la Circular 8/1190, la elección del tipo aplicable como suelo o techo queda en manos de la entidad predisponente de tales cláusulas en base a estrictos criterios y necesidades propias.

En efecto, la imposición de esta cláusula suelo y la fijación de su porcentaje concreto ha sido unilateralmente impuesta por voluntad de las entidades prestamistas, careciendo por tanto de la necesaria objetividad que exige la normativa. Este hecho pone de manifiesto en toda su amplitud la posición de dominio de la entidad de crédito que puede servirse deliberadamente de sus Servicios de Estudio y Análisis Financiero y Económico para sus propios intereses, lo que ahonda el desequilibrio entre las partes, rompe el principio de buena fe que deben presidir toda relación contractual y exige, por tanto, su corrección.

3.-Cláusula desproporcionada, ya que no guarda justa y razonable relación entre el tipo fijado para “suelo” y el “techo” respectivamente, ni guarde congruencia con la realidad económica.

El escenario para que opere el tipo predeterminado para la cláusula “suelo” resultaba objetiva y económicamente más factible que el fijado para el tipo en la cláusula “techo”, dada la coyuntura económica y en el marco de un pacto de estabilidad financiera y una política macroeconómica y monetaria europea cuyo objetivo y razón de ser precisamente es esa estabilidad de tipos.

Por ello, es fácil deducir que la fijación de una “cláusula techo” opera con una apariencia de “equilibrio” con su respectiva “cláusula suelo”, más que en respuesta a una posición justa y razonable como límite a una eventual subida (improbable en los porcentajes impuesto).

Cuando el Banco no ha cumplido con todos los requisitos de transparencia, las cláusulas pueden y deben ser declaradas nulas. Como hemos explicado, hace falta un análisis de cada caso para establecer si estamos ante una cláusula nula. En la mayoría de los casos los Bancos han incumplido alguno o todos los requisitos legales de transparencia y sus cláusulas “suelo” son nulas. Las entidades alegan que la cláusula no es abusiva, pues dicen que a cambio de la cláusula suelo se establece en las escrituras una cláusula techo, por lo que Adicae y otros muchos despachos como CROSS Asesores han conseguido demostrar como los valores dados a las cláusulas techo, a partir de un 8% hasta un 15%, provoca que las mismas no puedan ser aplicadas en la práctica en toda la vida del préstamo y confirma el carácter abusivo de las mismas.

Las cláusulas suelo se ponen en duda porque el Euribor alcanzó su máximo de la década en el año 2008. En verano aquel año superó el 5%. Significó que, para las hipotecas firmadas a Euribor +1, los deudores pagaban más del 6% de interés. Y las cláusulas techo, en general, no llegaron a activarse, porque los contratos de las entidades los habían colocado de media en el 13%.

El Euribor, desde 2009, comenzó una bajada vertiginosa. Sin embargo, muchos hipotecados dejaron de ver bajar sus cuotas porque el Euribor se situó por debajo del 3% e incluso por debajo del 1% al final del año. Y en los contratos donde había cláusula suelo se activaron. Las limitaciones estaban fijadas, en general, entre el 2% y el 3%, un porcentaje que era fácil de alcanzar, especialmente en comparación con el nivel tan elevado marcado en los techos.

La bajada del Euribor activó las demandas ante la imposibilidad de miles de hipotecados para aprovechar la bajada del Euribor, muchos descubrieron que sus contratos tenían cláusulas suelo. Comenzaron a llegar las denuncias, ya que las diferencias entre los suelos y los techos eran abusivos. Los demandantes se organizaron a través de despachos y asociaciones.



2.3-¿Qué entidades aplican cláusula suelo? ¿Cuál es la situación?

Estos son los principales bancos con cláusulas “suelo” hipotecarias, y la situación actual en cada caso:

	Cuota de Mercado *
Bancos	47,33%
Cajas de Ahorros	47,64%

3

³ *Datos a diciembre de 2009, relativos a cuotas en el mercado del crédito.

-BBVA, Novagalicia (Abanca) y Cajamar, afectadas por la sentencia de Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 eliminaron la cláusula de sus contratos desde dicha fecha.

-Banco Popular, obligado por la sentencia del tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 ha eliminado la cláusula suelo de sus contratos, pero no ha devuelto las cantidades cobradas de más, incumpliendo los criterios fijados por el Tribunal Supremo.

-Oficinadirecta.com y Banco Pastor, entidades integradas en Banco Popular, no quitan el suelo a sus clientes, alegando que a no les afecta la sentencia del Banco Popular.

-Catalunya Caixa, entidad perteneciente al BBVA, así como Caixabank y Bankia han eliminado el suelo a sus clientes, pero sin devolver las cantidades cobradas de más.

-El Banco Santander apenas tiene cláusulas suelo y decidió en julio de 2013 eliminarlas de las hipotecas de Banesto, absorbido por el Santander, sin devolver cantidades cobradas de más.

-Banco Sabadell, Liberbank, Unicaja, Banco Mare Bostrum, Caja España Duero, CajaSur, Ibercaja, así como muchas Cajas Rurales se ha negado sistemáticamente a eliminar las cláusulas suelo a sus clientes. Prácticamente la totalidad de estas entidades han visto como sus cláusulas suelo han sido declaradas nulas por sentencias firmes de juzgados de primera instancia y Audiencias Provinciales y han tenido que quitar el suelo y devolver cantidades cobradas de más a los clientes con sentencia a favor.

Si nos referimos al mercado hipotecario, podemos afirmar que en torno al 80% de las hipotecas constituidas entre 2006 y 2009 contienen cláusulas suelo. Esta afirmación se deriva de la observación de las cuotas de mercado que en las hipotecas tiene cada una de las 49 entidades en las que se ha verificado la aplicación de esta condición. De esta forma, el 80% de las

2.955.610 hipotecas a tipo variable constituidas entre 2006 y 2009 (dato obtenido de una tabla del INE que posteriormente se explica) tendrán cláusula suelo. Es decir, un total de 2.364.488 familias hipotecadas estarán siendo víctimas de perjuicios que oscilarán entre los 1.200 y los 2.300 euros anuales (dejando al margen los casos más dramáticos de suelos del 6% que generan un perjuicio anual de 6.000 euros).

2.4-Asociaciones.

2.4.1-Adicae.

La Asociación de Usuarios de Bancos Cajas y Seguros (ADICAE) es una asociación de consumidores y usuarios inscrita en el registro de Asociaciones de Consumidores del Instituto Nacional de Consumidores de España. Es miembro del Consejo de Consumidores y Usuarios de España y representa a los consumidores en el Comité Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y en la Junta Consultiva de la Dirección General de Seguros.

La Asociación de Impositores y Usuarios de Bancos y Cajas de Ahorros de Aragón (AICAR) surge en Zaragoza en 1988 como una organización especializada en la protección, formación, reclamación, información y reivindicación de los derechos de los usuarios de servicios bancarios y seguros como respuesta a irregularidades en el Consejo de Administración de Ibercaja. AICAR traspasó las fronteras de Aragón, creándose Adicae en 1990, consolidada con una fuerte presencia en el territorio nacional debido a su presencia en 29 provincias.

Asociaciones como Adicae defiende los derechos de los consumidores afectados, en este caso cláusulas suelo, y asesora sobre las mejores condiciones de sus hipotecas, entre otras muchas acciones.

Uno de los casos más destacados en los que ha participado ADICAE es el caso del fraude de las cláusulas suelo en España. Posee una plataforma de creación propia en defensa de los afectados por la hipoteca.

2.4.2-Ocu.

La Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) es una asociación privada independiente y sin ánimo de lucro que nació en 1975 para promover los intereses de los consumidores y ayudarles a hacer vales sus derechos.

Es otra de las asociaciones que ayudan a combatir las cláusulas suelo acudiendo a los tribunales.

2.4.3-Ausbanc.

La Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), con sede en Madrid, tenía como objetivo defender los derechos e intereses legales de los usuarios de los servicios bancarios prestados por las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito y a todos los consumidores y usuarios en cualquier ámbito.

Se constituyó el 15 de noviembre de 1986, al amparo del artículo 22 de la Constitución Española e Inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio de Interior. En 2014 fue expulsada del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores por lo que ya no puede disfrutar de las subvenciones públicas que recibió durante décadas.

Esta asociación ha dejado de prestar sus servicios como tal desde el día 1 de junio de 2016.

El bloqueo de las cuentas de Ausbanc por parte de Juzgado desde el pasado 15 de abril, así como la negativa del juez a nombrar interventor judicial ha hecho imposible su subsistencia.

Pese a ello, los asociados a quienes se están tramitando expedientes jurídicos, continuaran siendo atendidos por el mismo abogado de la organización que les estaba representando hasta ahora.

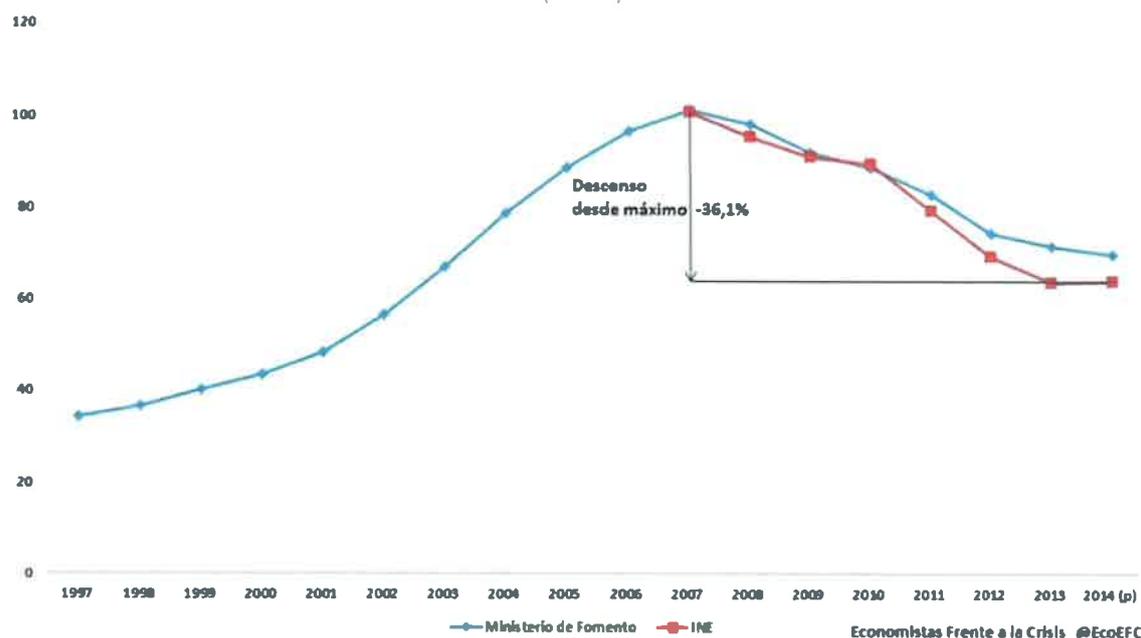
3-EL ANTES Y EL DESPUÉS DE LAS CLÁUSULAS SUELO.

3.1-Antecedentes de las Cláusulas Suelo.

Si nos ponemos en antecedentes, en la década de los años 2000 se apostó por la desregularización de los mercados, bajadas de tipos de interés y de impuestos, incremento de los precios de las materias primas, y la expansión del crédito provocando así una burbuja inmobiliaria, la mayoría de los países industrializados occidentales vio como subía el precio de los inmuebles muy por encima del resto de bienes y servicios.

La crisis económica o también llamada Gran Recesión tuvo sus inicios en España en el año 2008, esta crisis mundial supuso la explosión de otros problemas, y entre ellos el final de la burbuja inmobiliaria.

Precios de la vivienda, 1997-2014.
Precios del Ministerio de Fomento y del INE
 (100=2007)



Durante la burbuja inmobiliaria que duró desde 1997 a 2007, fue una práctica habitual la inclusión de las cláusulas “suelo” en los contratos de préstamos hipotecarios.

	Nº Total Hipotecas	Nº Hipotecas a tipo variable
2006	1.056.884	1.049.485
2007	855.498	828.977
2008	551.118	539.544
2009 *	549.136	537.604
TOTAL 2006-2009	3.012.636	2.955.610

4

Con los datos de esta tabla podríamos hacer una estimación de las posibles cláusulas suelo que se firmaron en este periodo comprendido entre el año 2006 y 2009. Estos casi 3 millones de hipotecas son las susceptibles de contener cláusulas suelo, aspecto que dependerá de la entidad que en cada caso constituyó la hipoteca.

⁴ *Los datos de 2009 corresponden a los meses de enero-noviembre (INE y Asociación Hipotecaria Española)

Las entidades concedían préstamos con un tipo de interés variable, normalmente el Euribor más un diferencial del banco o caja y con el tiempo se procedió a incorporar un interés mínimo a pagar, los bancos se aseguraban un límite ante la bajada del Euribor.

En el año 2008 se alcanzó uno de los máximos de la década y ese verano supero el 5%, -ya que en el año 2000 tomó su valor máximo de 5.24%, momento en el cual el Euribor comenzó a bajar hasta encontrar un mínimo en junio de 2003, punto de inflexión que llevaría a la subida paulatina hasta 2008-, que mas el diferencial, los hipotecados tuvieron que asumir un 6% de interés sobre el préstamo. Los Bancos jugaron a su favor, su estrategia de poner un techo a las hipotecas, para cubrirse las espaldas ante cualquier control de transparencia, pero fue una desproporción que posteriormente se fundamentaría como un abuso, ya que sabían que nunca llegarían a activarse tales índices, porque los contratos los habían colocado entorno al 10%-12% llegando hasta el 15%. El año en el que el Euribor alcanzó su máximo histórico no llegaron a activarse dichos techos.

Durante años, estas cláusulas “suelo” pasaron desapercibidas, la llegada de la recesión económica provocó que en 2009 la bajada del Euribor fuese galopante porque el Banco Central Europeo decidió combatir la crisis con una política monetaria hipere expansiva, el Euribor se ha situado en niveles cercanos al cero. Esto activó multitud de cláusulas suelo e impidió que muchos de estos clientes se beneficiaran de unos tipos de interés históricamente bajos. Entonces, muchos de ellos demandaron a los bancos por lo que consideraban una clausula abusiva.

Por lo general, los préstamo hipotecarios tenían la cortapisa entre el 2% y el 3%, porcentaje que era fácil de alcanzar, en comparación con el techo.

Las cláusulas suelo han supuesto un gran perjuicio para multitud de consumidores, al imponer los bancos, de manera arbitraria, sus

propios límites al tipo de interés variable. Recordemos que la mayoría de las hipotecas se encuentran referenciadas al Euribor, por lo que, desde su bajada en 2009, los consumidores deberían de haberse visto favorecidos por la misma, circunstancia que, lamentablemente, no sólo no se ha producido, sino que los afectados continúan pagando unos intereses muy por encima del Euribor. Así, debemos tener presente que las cláusulas suelo han sido declaradas nulas por abusivas al haber sido insertas por parte de los bancos en multitud de hipotecas, sin haber informado de forma clara y correcta de su existencia en el contrato.

Adicae, que los últimos años viene abordando de manera especialmente intensa el mercado del crédito en España desde la posición de los consumidores, detectó en 2009 la inclusión generalizada en las escrituras hipotecarias de condiciones que, perjudicando gravemente a los consumidores, limitaban la posibilidad de beneficiarse de las rebajas de los índices de referencia hipotecarios derivadas de los niveles actuales del tipo oficial del Banco Central Europeo. La denominada “cláusula suelo”. Esta circunstancia no ha sido detectada antes por el simple hecho de que el 92% de los hipotecados desconocía algún aspecto fundamental de su hipoteca. A ello se suma el que la gran mayoría de los hipotecados no habían sido informados en la contratación de la existencia y consecuencias de este tipo de cláusulas, y en los casos en que dicha información ha existido se ha trasladado de manera sesgada y engañosa, contraponiendo al “suelo” un “techo” (un tipo máximo) como ventaja para el consumidor cuando era completamente imposible que dicho techo se activara como hemos explicado anteriormente.

Ante esta situación, la asociación elaboró un informe técnico-jurídico que concluye, tras múltiples reclamaciones de consumidores ante el Banco de España.

Desde ese momento fueron ininidad de consumidores los que denunciaron esta situación en asociaciones y despachos de abogados para revisar sus hipotecas y comprobar la existencia del “suelo”, dichas asociaciones se han volcado en este asunto tan peliagudo tratando de asesorar y guiar a los clientes afectados para poder llegar hasta el final con su causa. Aún no hay una sentencia firme pero se ha conseguido mucho en este largo camino de litigios.

Dada la gravedad de esta situación no solo se quedó en la mera vía judicial sino que también se vio imprescindible acudir al Grupo Parlamentario con el ánimo de solicitar el impulso y apoyo a medidas legislativas que condujeran a la erradicación y anulación de este tipo de cláusulas.

También quiero destacar que los dos Juzgados de lo Mercantil de Zaragoza aceptan la solicitud de medidas cautelares. Esto implica que durante el tiempo que dura el procedimiento hasta que recaiga Sentencia (unos 8 ó 10 meses desde que se interpone la demanda) no se aplique la cláusula suelo y las cuotas mensuales se reajusten al tipo de interés que correspondería pagar sin este “suelo”. Esto es una gran ventaja para los clientes, quienes desde un principio verán como el importe a pagar en sus cuotas mensuales disminuye hasta que termine el juicio.

El primer Auto judicial dictado por el Juzgado de lo Mercantil de Zaragoza (al que han seguido otros muchos) fue el 26 de noviembre de 2014. Fue el despacho CROSS Asesores, que ya he citado a lo largo del trabajo, quien interpuso frente a CAI (actualmente IberCaja). Este Auto fue recurrido por CAI y finalmente la Audiencia Provincial desestimó el recurso de CAI. Este Auto de la Audiencia es firme y no recurrible, siendo la Audiencia Provincial de Zaragoza la primera Audiencia Provincial de España que concede esta medida. Esta primera resolución ha abierto la puerta a que los clientes desde el primer momento reclamen.

También quería destacar que hasta noviembre de 2014 estos procedimientos se llevaban en los Juzgados de lo Mercantil de Zaragoza y a partir de esta fecha se llevan en lo Civil.

Uno de los procesos se inicio en 2010 con la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, en una demanda presentada por Ausbanc contra varias entidades de crédito (BBVA, Cajamar, Cajas Rurales Unidas y Nova Caixa Galicia), que, antes de llegar al Supremo, había pasado en apelación a la Audiencia Provincial de Sevilla. El 9 de mayo de 2013 se hizo pública dicha sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre las clausulas suelo en los créditos hipotecarios, cuyas líneas maestras ya habían sido adelantadas en la nota informativa el 20 de marzo de ese mismo año.

La sentencia del 9 de mayo de 2013 recoge 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, sin perjuicio de otras posibles consecuencias no obligaría a ninguna de las partes.

Las cláusulas suelo no pueden estar enmarcadas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente seria claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal quede alterado de forma relevante.

Por lo tanto, las cláusulas analizadas no son transparentes ya que falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; Se insertan de forma conjunta con las clausulas techo y como aparente contraprestación de las mimas; No existen simuladores de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsibles del tipo de interés en el momento de contratar; No hay información clara y comprensible sobre el coste

comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; Y en el caso de las cláusulas utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Que la cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad (este control sí es posible en el caso de las cláusulas claras y comprensibles que se refieren al objeto principal del contrato). De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor.

Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definitoria 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.

Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia.

Lo expuesto anteriormente evoca a proceder a condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas en la forma y modo en la que se utilizan y a proceder a condenar a

las demandadas a abstenerse de utilizarlas en los sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan. Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas.

La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos (en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más), sino en la falta de transparencia.

La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en esta sentencia.

Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de la nulidad de las cláusulas controvertidas.

Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

Esta sentencia falla declarando la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores. Condenando a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización. La sentencia declara la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las expresadas BBVA, Cajas Unidas y NCG banco demandadas, concertados con consumidores en

los que se hayan utilizado las cláusulas cuya utilización se ordena cesar y eliminar.

No da lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

El jueves 26 de febrero de 2015 el Poder Judicial publicó un comunicado⁵ en el que informaba de que el Tribunal Supremo ratificaba la nulidad de las cláusulas suelo abusivas por falta de transparencia y reconocía efectos restitutorios de las cantidades ya abonadas de cláusulas declaradas nulas a partir de 9 de mayo de 2013.

El 25 de marzo de 2015 se publicaba la sentencia de 25 de febrero a la que hacíamos referencia en el anterior comunicado, que adelantaba las líneas generales de la misma.

El 24 de septiembre de 2015, la Comisión Europea emitió un informe a petición del tribunal de Justicia de la UE sobre el asunto prejudicial C-154/15 que contradice la doctrina del Tribunal Supremo español pues estima que no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de lo pagado por el consumidor, ya que si una cláusula es declarada nula lo es desde el origen.

El 7 de abril de 2016 se ha hecho pública la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid en la que la juez Carmen González Suarez anula las cláusulas suelo de 40 bancos y cajas, cuyo listado se incluye a continuación y obliga a devolver las cantidades cobradas indebidamente desde mayo de 2013, es decir a partir de la sentencia del Tribunal Supremo. La sentencia corresponde a la macrodemanda⁶ colectiva presentada en 2010, en representación de

⁵ ANEXO 3

⁶ ANEXO 4

15.000 afectados, por la asociación de consumidores ADICAE contra 101 entidades, que tras los procesos de fusión quedaron reducidas a 40⁷ entidades.

El fallo de esta sentencia declara la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores, por falta de transparencia.

También se condena a las entidades bancarias demandadas a eliminar las citadas cláusulas de los contratos en que se insertan y a cesar en su utilización de forma no transparente. Se condena a las entidades bancarias demandadas a devolver a los consumidores perjudicados las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas a partir de la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, con los intereses que legalmente correspondan. Sin expresa condena en costas.

Aunque la sentencia no es firme, lo que se pretende es la aplicación inmediata de la misma a todos los consumidores e instará su ejecución provisional. Muchas son las familias que se están dirigiendo a asociaciones o despachos para presentar ante el juzgado la oportuna solicitud y sumarse a las acciones de extensión de los efectos de la sentencia.

El 14 de abril de 2016 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró ilegal la suspensión automática de una acción individual contra las cláusulas suelo si hay abierto un proceso colectivo. La actual normativa española obliga al juez a suspender automáticamente la tramitación de una acción individual de un consumidor que considera abusiva la cláusula suelo de su hipoteca. Los jueces españoles deben esperar a que se dicte sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentre pendiente (ejercitada por una asociación de consumidores) sin que el

⁷ ANEXO 5

consumidor pueda desvincularse de esa acción colectiva. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea carga contra esa regulación, porque perjudica la efectividad de la protección que la Directiva Europea confiere al consumidor. Según la justicia europea, que hoy falla en relación a un caso presentado contra Caixabank y Catalunya Caixa, *“ni la necesidad de garantizar la coherencia entre las resoluciones judiciales ni la necesidad de evitar la saturación de los tribunales pueden justificar esa falta de efectividad”*.

Las entidades bancarias están expectantes ante la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que determinará si considera que existe o no derecho a la retroactividad por parte de los hipotecados. Es decir, si lo bancos les deben devolver el dinero solo desde 2013 o desde que aplican esos suelos a los intereses. Para ese fallo no hay fecha definitiva, el 26 de abril de 2016 se produjo una vista, pero todavía no hay un calendario definitivo para que exista un fallo.

El 26 de abril de 2016 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo celebró la vista para tratar los tres asuntos prejudiciales acumulados en relación a la retroactividad de las cláusulas suelo en España. Han sido escuchadas todas las partes involucradas en el proceso, incluso el abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se encarga del caso, Paolo Mengozzi, dejando entrever varias de sus dudas y anunciando la presentación de las conclusiones para el día 12 de julio de 2016. Aunque este texto no será vinculante, sí suele marcar el camino que seguirá la corte en su sentencia, que se espera antes de finales de año.

Así pues, la banca española conocerá entonces si deberá devolver todo el dinero cobrado de más a sus clientes por las famosas cláusulas suelo o bien no solamente tendrá que abonar las cantidades desde el 9 de mayo de 2013, fecha en la que el Tribunal

Supremo declaró nulas estas cláusulas en los casos en los que hubiera habido falta de transparencia, y condenó a la banca (BBVA, Cajasur y Nova Caixa Galicia) a devolver el dinero cobrado de más a sus clientes a partir de esa fecha.

Hasta entonces el tribunal Supremo español ha suspendido las vistas y sentencias de los recursos de casación pendientes sobre este asunto para evitar que sus conclusiones discrepen de la solución que adopte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El 13 de julio de 2016 el Abogado General de la Unión Europea, Paolo Mengozzi, ha presentado su informe en el que señala *“que la Directiva no tiene por objeto la armonización de las sanciones aplicables en caso de que se aprecie el carácter abusivo de una cláusula contractual y, por lo tanto, no exige a los Estados miembros que establezcan la nulidad retroactiva de tal cláusula”*.

La Comisión Europea, en el documento técnico remitido el año pasado a la corte, con su opinión de parte, se pronunciaba a favor de la devolución total, pues consideraba que el cese en el uso de una *“cláusula nula por abusiva como consecuencia de una acción individual ejercitada por un consumidor no es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad”*.

Para Bruselas era imposible *“que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ha pagado el consumidor en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información”*.

Mengozzi, sostiene que la Directiva comunitaria *“no determina las condiciones en las que un órgano jurisdiccional nacional puede limitar los efectos de las resoluciones por las que se califica como abusiva una cláusula contractual. Por consiguiente, corresponde al ordenamiento jurídico interno precisar esas condiciones, siempre desde el respeto de los principios de equivalencia y de efectividad de Derecho de la Unión”*.

El abogado general propone, por tanto, al Tribunal de Justicia *“que declare que la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo, incluidas en los contratos de préstamo hipotecario en España, es compatible con la Directiva”*.

El letrado respalda la argumentación del Supremo español, al considerar que el impacto sobre el conjunto de la economía de una retroactividad total de la devolución del importe de las cláusulas suelo es motivo para no permitirla.

Las conclusiones del Abogado no vinculan al Tribunal de Justicia. La función del Abogado General consiste en proponer al Tribunal de Justicia, con absoluta independencia, una solución jurídica al asunto del que se ocupa. Los jueces del Tribunal de Justicia comienzan ahora sus deliberaciones sobre este asunto. La sentencia se dictará en un momento posterior.

3.2-Pasos que debemos seguir para saber si nuestro préstamo hipotecario contiene dicha cláusula.

Tras mis conversaciones con Adicae, vamos analizar el proceso de reclamación a través de la Asociación, es decir, los pasos que debemos de seguir ante la existencia de cláusula suelo en el préstamo hipotecario.

La plataforma orienta al consumidor con la mejor información para prevenir ser engañados y buscar las mejores soluciones antes de firmar cualquier contrato hipotecario. Se informa mediante la realización de asambleas, charlas y mesas informativas dirigidas a los consumidores preocupados por la problemática hipotecaria, a la cual pude acudir e informarme de este proceso.

Mediante movilizaciones de diversos tipos dirigidas a conseguir mejoras en los derechos de los hipotecados, así como, mediante la elaboración y presentación de propuestas de reforma legislativa antes los distintos partidos políticos e instituciones.

Ante las dificultades, son cientos de miles los consumidores que se ven obligados al impago de la cuota mensual de la hipoteca. Llegados a este momento, son varias las opciones que debe barajar el consumidor para intentar solucionar esta situación, ya que en función de la situación personal se debe actuar de distinta manera.

Primero se deberá de analizar si el consumidor entra dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto 6/2012⁸ por el que se aprueba el Código de Buenas Prácticas. Si se cumplen los restrictivos requisitos podremos aplicar alguna de las medidas que el Código plantea:

-Reestructuración de la deuda hipotecaria.

-Quita del capital.

-Dación en pago.

Aunque no se cumplan los requisitos se debe iniciar una negociación:

En primer lugar, solicitando un periodo de carencia, esta opción supone que durante un tiempo no amortizará capital y tan sólo pagará la parte relativa a intereses. Transcurrido el plazo por el que se haya pactado la carencia, se tendrá que volver a pagar la cuota hipotecaria completa, la cual se habrá incrementado ya que el capital que se deja de amortizar durante la carencia se fracciona en el resto de cuotas pendientes. Por tanto, tan sólo será conveniente si se quiere continuar pagando su piso pero se ha encontrado con un problema momentáneo que cree que puede solucionar en un período corto de tiempo.

Alargamiento del plazo, supone alargar el plazo de la hipoteca (por ejemplo de 25 a 30 años). Hay que tener en cuenta que con esta medida se reducirá la cuota mensual pero en cómputo total se

⁸ ANEXO 6

acabarán pagando más intereses. Habría que estudiar si la reducción de la cuota compensa con el aumento de los intereses totales a pagar.

Por otro lado, la novación o subrogaciones de su hipoteca, es otra posibilidad de negociación con la entidad mejorando las condiciones establecidas en la hipoteca con la intención de poder seguir haciendo frente al pago de la misma. Así podría negociarse, por ejemplo, un cambio de índice de referencia o una bajada del diferencial a aplicar. Táctica que bajo mi punto de vista fue engañosa por parte de las entidades, porque con la novación del contrato el cliente está asumiendo un nuevo tipo de interés fijo que luego obstaculizaría la aplicación de la Sentencia del 9 de mayo de 2013.

Si lo anterior explicado no resulta suficiente y la situación de impago se perpetúa, como último recurso para el consumidor hipotecado que no puede hacer frente a la hipoteca se encuentra la dación en pago de la vivienda.

Considero que la dación en pago solamente debe aceptarse como última opción cuando el consumidor ya ha agotado otras vías de negociación con el banco, ya que supone la pérdida de la vivienda.

La dación en pago consiste en solicitar al banco o caja de ahorros la extinción de la deuda hipotecaria entregando la vivienda a cambio.

Muchos hipotecados, con la sentencia del Tribunal Supremo que dio su primera respuesta en 2013, ya vieron sus cláusulas suelo anuladas. Algunas entidades decidieron negociar con los hipotecados, y llegaron a acuerdos particulares para suspender ese apartado de los contratos, les hicieron firmar para evitar que tomaran acciones legales y así ellos salir beneficiados. Pero siguen miles de contratos que las contienen.

Para averiguar si la hipoteca tiene cláusula suelo lo primero es saber el tipo de interés que aplican en el préstamo, si supera el valor del Euribor (-0,064% cotización media del Euribor hoy día 1 de octubre de 2016) más el diferencial (estará en el contrato), es que la hipoteca tiene suelo.

El siguiente paso es calcular cuánto dinero se ha pagado de más, es decir, el dinero que se ha tenido que pagar al no haber podido aprovechar las bajadas de los tipos de interés puede ser una suma importante.

Posteriormente es pedir al Banco que quite la cláusula suelo de la hipoteca, algunos las quitan directamente y en otras entidades se debe solicitar expresamente. Aunque en estos momentos, los criterios judiciales para conseguir que una cláusula suelo sea declarada nula están muy definidos, ya que se han dictado numerosas sentencias sobre esta materia. Por lo tanto, es fácil establecer un criterio previo sobre las posibilidades de éxito de una reclamación judicial. La realidad es que existe una muy alta probabilidad de éxito en estas reclamaciones judiciales, y nuestros Jueces y Tribunales están dictando cada día más sentencias condenando a los Bancos a eliminar estas cláusulas.

Los Bancos suelen hacer ofertas a los clientes para minorar (que no quitar) estas cláusulas suelo y evitar las demandas. El único motivo de estas ofertas generalmente se justifica en las escasas posibilidades de ganar que tiene el Banco en un procedimiento judicial. No es recomendable aceptar estas ofertas antes de analizar las posibilidades judiciales de eliminar para siempre este “suelo” del préstamo hipotecario. Aceptar las ofertas de los Bancos implica no poder reclamar nunca más.

Por último, solicitar la devolución de lo pagado de más. Igual que las posibilidades de que se declaren nulas estas cláusulas son elevadas, hasta hace poco era complicado conseguir la devolución de lo pagado de más hasta la fecha. Sin embargo, el 25 de febrero

de 2015 el Tribunal Supremo anuncio una nueva Sentencia que a lo mejor puede permitir recuperar lo pagado de más desde el 9 de mayo de 2013 (la fecha de primera sentencia que dictó sobre la nulidad de estas cláusulas). En función de esta nueva Sentencia que a lo mejor puede permitir recuperar parte del dinero aportado de más al Banco.

El Banco de España también se pronuncio sobre las cláusulas suelo, fue expuesto en el Senado el 7 de mayo de 2013.⁹

3.3-Ejemplo de hipoteca con cláusula suelo para saber cuánto ha pagado de más el consumidor.

Para calcular la pérdida ocasionada por tener cláusula suelo vamos a utilizar datos reales y así poder simular un préstamo hipotecario.

Tomamos como capital inicial 100.000 euros con un plazo inicial de 30 años y cuya fecha de firma de hipoteca fue el 3 de septiembre de 2007. El tipo de interés inicial que tomamos es del 3% (tipo de interés que se marcaba en la época) con revisión anual referenciada al Euribor del mes de septiembre y con un diferencial de 1%. La cláusula suelo la fijamos en el 2,5%.

Tras analizar estos datos con el simulador de préstamos hipotecarios obtenemos dichos resultados:

-Si reclamamos judicialmente además conseguiremos que nos devuelvan todas las cuotas que se han pagado de más desde el día 9 de mayo de 2013 y que en la cuota ascienden aproximadamente a 1.960 euros.

-Además, el banco tendrá que reclamar el capital que queda pendiente de devolver (que ahora es mayor que el que tendríamos si el préstamo no hubiera tenido cláusula suelo). En nuestro caso el capital que quede pendiente de devolver se reducirá en 1.523 euros.

⁹ ANEXO 7

-Por tanto, reclamando ante los tribunales por la cláusula suelo, si conseguimos que nos devuelvan las cantidades pagadas de más desde el 9 de mayo de 2013 podremos recuperar un total de 3.483 euros.

-En cualquier caso, si pese al informe del abogado general (no vinculante), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decide que deben devolverse todas las cantidades pagadas de más desde el inicio del préstamo, esas cantidades serían sensiblemente superiores.

3.4-Tras el rescate bancario, ¿qué condiciones hipotecarias ofrecen los bancos?

Las entidades financieras continúan abusando de su poder dominante, amenazando a los consumidores y echando balones fuera, haciendo responsables de sus actuaciones a instancias superiores (Banco de España, CNMV, DGSFP, Gobierno, Unión Europea).

Continúan los abusos con créditos caros y diferenciales abusivos en las nuevas hipotecas.

El número de hipotecas firmadas en 2015 creció un 20% respecto al año anterior. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), durante el año 2015 se firmaron un total de 244.227 hipotecas sobre viviendas, lo que supuso un 19,8% más respecto a 2014. Además, el capital prestado para la adquisición de viviendas aumentó un 24,1% respecto al año anterior.

Los factores que han determinado el aumento de las solicitudes de hipotecas son:

- La ligera mejoría de la economía española durante el 2015.
- El descenso acumulado del precio de la vivienda.
- Tipos de interés muy bajos (con el Euribor en tasas negativas).

Las mejores condiciones son determinantes en el incremento del número de hipotecas, pero ha que tener claro que en muchos casos esas mejoras están vinculadas al cumplimiento de requisitos, como la exigencia de un importe mínimo de la nómina, la domiciliación de un número mínimo de recibos, la obligación de realizar un número mínimo de compras con la tarjeta de crédito o la contratación de seguros del hogar y de vida.

La exigencia de requisitos hace que las ofertas cada vez sean más difíciles de comparar y que, además del tipo de interés, debemos tener en cuenta el coste de los productos adicionales de obligada contratación. Las entidades financieras intentan “colocar” estos productos junto con el préstamo hipotecario confundiendo al consumidor y haciéndole creer que son obligatorios. La ley 2/81 de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario establece que los bienes hipotecarios habrán de estar asegurados únicamente contra daños por el valor de tasación.

La banca ha aumentado espectacularmente los diferenciales de las hipotecas, aunque ya comenzó a hacerlo en las refinanciaciones a clientes que no podían pagar sus cuotas.

Actualmente es habitual encontrar “ofertas” con diferenciales por encima de 2.75%, llegando incluso al 4.45%. Los tipos de interés fijados por el Banco Central Europeo se encuentran hoy día 1 de octubre de 2016 a -0.064%.

La banca no quiere bajar de precio las viviendas que tiene en propiedad, fruto de ejecuciones hipotecarias, daciones en pago y de promociones inmobiliarias invendidas. Por ello, trata de utilizar el monopolio del crédito para empujar al consumidor a que compre sus viviendas, ofreciendo peores condiciones financieras para las viviendas que el consumidor quiere comprar a particulares.

Si los bancos ofrecieran estas mejores condiciones a los préstamos que conceden a las viviendas compradas a particulares, los

consumidores podrían ahorrarse hasta más de la mitad del coste. Al analizar el precio de la vivienda comercializada a través de las inmobiliarias de la banca y contrastarlo con el precio de la vivienda puesta a la venta por particulares, la conclusión es que los pisos de la banca son más caros, llegando incluso al 73.33% en determinados casos.

Las entidades financieras, con condiciones financieras más accesibles, de favorecer la venta de sus inmuebles, ofreciendo a los compradores hasta el 100% del valor de tasación y préstamos hipotecarios con vencimientos más largos.

3.5-Propuesta de Regulación.

Aquí añado lo que en mi opinión se debería de incluir en el Real Decreto Ley 1/2007:

- 1- Son cláusulas abusivas aquellas que en contratos de préstamos hipotecarios fijen un límite a la variación del tipo de interés variable contratado.
- 2- Esta cláusula y sus consecuencias económicas futuras tendrán aplicación retroactiva para los contratos firmados desde enero de 2007.
- 3- Se podrá pactar la manera de devolución de los intereses con los consumidores a lo largo de la vida del préstamo.

9-CONCLUSIONES.

Como resultado de todo lo analizado anteriormente, las cláusulas suelo como tal son legales según el Tribunal Supremo, lo que esa legalidad va unida a una serie de requisitos de obligado cumplimiento, como son el derecho de información y que no sean abusivas. Si estos requisitos no se cumplen, que es lo que ha ocurrido en la gran mayoría de los casos, es cuando se declaran NULAS, como hemos podido ver según la Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de mayo de 2013.¹⁰

En julio de este año se pronunció el Tribunal de Justicia Europeo, dando total libertad de decisión a los tribunales de cada país. Con esta sentencia lo que se quiere conseguir es la retroactividad total de los intereses pagados de más desde el momento de la firma de la hipoteca.

Lo que sí que me gustaría recalcar es la diferencia entre declarar nulas o anulables dichas cláusulas, porque según la sentencia del 9 de mayo fueron declaradas NULAS y por ello los bancos estarían obligados a devolver todos los intereses pagados de más desde el principio. Si por el contrario hubieran sido declaradas ANULABLES, entonces los bancos “solo” estarían obligados a devolver los intereses pagados de más de los préstamos hipotecarios desde que existe sentencia firme y a los consumidores que previamente lo habían solicitado vía judicial.

La Comisión Europea, en el documento técnico remitido el año pasado se pronunciaba a favor de la devolución total. Ahora el Tribunal de Justicia Europeo no exige a los Estados miembros que establezcan la nulidad retroactiva del tal cláusula. Y no determina las condiciones en las que una nación pueda limitar los efectos de

¹⁰ ANEXO 8

la resolución, por consiguiente les deja libertad de decisión siempre y cuando sea desde el respeto de los principios de equivalencia y de efectividad de derechos de la Unión.

Tendremos que esperar a finales de este año para conocer dicha sentencia, que probablemente fallará a favor de los bancos, dictando que no se establezca la nulidad retroactiva de tal cláusula. Y que solo se devuelvan los intereses desde esa fecha marcada por el Tribunal Superior como referencia.

Bajo mi punto de vista no solo tenemos que hablar de lo moral sino que también de la realidad que estamos viviendo en nuestro país. El Tribunal Supremo se ha puesto de parte de los bancos interponiendo esa fecha como referencia y por ello están obligados a cumplir. Lo lógico es que si una sentencia las ha declarado nulas haya que devolver todos los intereses desde los inicios, pero siendo realistas los bancos no podrían soportar dicha decisión porque los llevaría a la bancarrota, y de nuevo tendrían que ser rescatados por el Gobierno Central.

Los bancos jugaron con la ignorancia y el desconocimiento del consumidor en cuanto a los tecnicismos usados por la banca. Los únicos conocedores y expertos en los ciclos económicos eran ellos, poniendo un techo tan desproporcionado con respecto al suelo no era pura casualidad, sabían que era imposible que éstos nunca llegasen a activarse. Los bancos mejor que nadie sabían que la crisis económica en la que nos estábamos adentrando provocaría bajadas de los tipos de interés, que esto a su vez produciría que el suelo de los préstamos hipotecarios se activase y así los bancos se pudieran beneficiar de esa diferencia que los consumidores pagarían de más.

Muchos consumidores todavía hoy no han podido eliminar su cláusula suelo, ya que hay entidades que las eliminaron de manera

sistemática y otras que requieren previa solicitud por parte del consumidor.

Otro de los muchos engaños por parte de las entidades financieras fue la firma de los contratos de novación¹¹, estos contratos estaban viciados porque los consumidores iban a las entidades desesperados con el fin de poder obtener información acerca de su situación hipotecaria tan notoria en nuestro país, y una vez más los bancos jugaron con la ignorancia y preocupación de algunos de los consumidores que antes de perder sus viviendas y seguir pagando las hipotecas se aferraban a cualquier alternativa. Muchos firmaron estos contratos por el desconocimiento, hecho que posteriormente, con la sentencia del 9 de mayo de 2013, les iba a afectar. Al firmar estos contratos asumían un tipo de interés fijo y que en el caso de bajadas ellos no podrían beneficiarse.

He tenido la gran suerte de poder asistir con el Despacho Cross Asesores a varios procedimientos, tanto a las actuaciones previas de medidas cautelares, en las que solo asiste abogado y procurador de ambas partes, así como al juicio en el que además de abogado y procurador asiste el cliente, al cual el juez puede llamar a declarar. Dicho despacho consiguió declarar nulos de pleno derecho los contratos de novación¹², en la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, la cual resuelve los procedimientos perdidos de primera instancia. Estos contratos se consideran NULOS, pues son abusivos y solo se ofrecen al cliente cuando está soportando la cláusula suelo, te mejoran las condiciones pero te quitan cualquier posibilidad de recurrir.

Los bancos han estado enriqueciéndose e incluso “robando”, por un lado con las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios y también con diversidad de productos que te obligaban y aún hoy

¹¹ ANEXO 9

¹² ANEXO 10

siguen obligando a contratar para poder firmar una hipoteca. Se han convertido en inmobiliarias para quitarse todas las viviendas que tienen ahora mismo en su poder y así poder sanear sus activos o poniendo trabas a la hora de adquirir viviendas de particulares con préstamos de un interés muy alto.

Otra de las maniobras de las entidades bancarias son los famosos valores del Santander emitidos entre el 2007-2008, los cuales fueron convertidos en obligaciones y posteriormente, con fecha 4 de octubre de 2012, en acciones. Esta conversión provocó grandes pérdidas a los inversores. Los valores tiene un plazo para ejercer acciones legales de 4 años, por eso prescribe el 4 de octubre de 2016. Procesalmente hablando debido a la “sentencia”, en los próximos días saldrá en prensa nacional la sentencia con la que se va alargar el plazo de 4 años a 15 años.

Por último, quiero añadir, que este tema que he desarrollado y que tanto tiempo me ha llevado en recopilar información, decidí escogerlo porque hace años mis padres fueron unos de los afectados. Compraron una vivienda en el año 2007, durante la contratación en **ningún momento les informaron de la existencia de dichas cláusulas**. Ellos no fueron conscientes de lo que habían firmado hasta que años después, cuando el Euribor estaba bajando, notaron que sus cuotas no iban a la par de la bajada del Euribor, entonces es cuando leímos el contrato del préstamo hipotecario. El suelo se había fijado en un 4% y teníamos un diferencial de 0,5 (porque mis padres tenían la nómina, seguros de vida y recibos domiciliados). Al recurrir al banco nos indicaron que esa parte del contrato había sido leída ante Notario y que ellos habían aceptado. Mis padres amenazaron al banco con denunciar esta injusticia y que no irían solos, sino que informarían al resto de compradores, que como mis padres habían adquirido esas viviendas. El banco nos dijo que no teníamos nada que hacer al respecto. Y al tiempo, por motivos personales, tuvimos que poner en venta la vivienda, pero

con esa cláusula iba a ser muy complicado y más en los tiempos de crisis que corrían. Así que decidimos informarnos y sí que había una alternativa, la cual era demandar¹³. Nos volvimos a dirigir al banco y le indicamos que lo íbamos a tomar acciones legales. El director del banco nos intento buscar una alternativa, y esa fue que nos vendía la casa si nosotros no demandábamos. En diciembre del año 2013 nuestra vivienda estaba vendida y por el mismo precio de compra. Desconozco si a los nuevos compradores les aplicarían las mismas condiciones. Lo que sí he descubierto durante este tiempo es que aún, con la vivienda vendida, podemos reclamar los intereses pagados de más, por lo menos, y hasta que salga sentencia que apruebe la retroactividad, hasta el 9 de mayo de 2013.

¹³ ANEXO 11

10-BIBLIOGRAFIA.

López Jiménez, José María (2015), "Cláusula suelo en los préstamos hipotecarios". Bosch, Madrid.

BOE, "Orden de 5 de mayo de 1994", 1994, 2016.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1994-10577

Noticias Jurídicas, "Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre", 2007, 2016.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>

Poder Judicial España, 2016.

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/Jurisprudencia_del_TS

Consejo General del Poder Judicial, Buscador Jurisprudencia, 2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/>

Banco de España. BOE, "Circular número 8/1990, de 7 de septiembre", 1990, 2016.

<https://www.boe.es/boe/dias/1990/09/20/pdfs/A27498-27508.pdf>

Noticias Jurídicas, "Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario", 1981, 2016. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/12-1981.html

Noticias Jurídicas, "Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil", 2000, 2015.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r44-11-2000.12t1.html

BOE, "Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación", 1998, 2016. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1998-8789

BOE, "Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos", 2012, 2016.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-3394>

OCU, "Cláusulas suelo", 2016,

<https://www.ocu.org/organizacion/search%20results?sq=clausulas%20suelo>

Empresas (2016), "El Banco de España investiga nuevas irregularidades en las hipotecas de los bancos". *Vozpopuli*.

M.A.C./M.G.C. (2015), “Querían quitar la cláusula de reversión del suelo a toda costa”, *Heraldo*.

A.R.C (2015), “Europa decidirá el futuro de las cláusulas suelo y de miles de hipotecas”, *Heraldo*.

Gil Pecharrón, Xavier (2016), “Un juez anula y acuerda el cobro retroactivo de una “cláusula suelo”, *El Economista*.

Serrano Ortega (2016), “La guerra de las hipotecas: cláusulas ceo o que el bando termine pagando a sus clientes”, *El Economista*.

Adicae, “Cláusulas Suelo”. 2009, 2016. <https://www.adicae.net>

11-ANEXOS.

Anexo 1: Orden Ministerial de 5 de mayo.

3. Los alumnos a que se refieren los dos apartados anteriores solicitarán la inscripción para la realización de las pruebas del régimen general en la Universidad que les corresponda, conforme a lo establecido en la Orden de 13 de mayo de 1993 ("Boletín Oficial del Estado" del 19), en el plazo que aquélla les señale, acompañando los documentos a los que se refiere el número cuarto de la presente Orden, cuyas normas les serán, igualmente, de aplicación.

Al inscribirse en las pruebas y a los efectos de las mismas, los alumnos elegirán una de las opciones del Curso de Orientación Universitaria.»

11. Disposición adicional segunda

«Los efectos de la superación de las pruebas de acceso reguladas en la presente Orden, por parte de los alumnos que se hubieran inscrito en las mismas, con carácter condicional, quedarán anulados automáticamente si los estudios extranjeros sometidos al trámite de convalidación, sobre los que se hubiera basado la inscripción, no resultaran convalidados. Los mismos efectos producirá la no confirmación oficial, total o parcial, de las calificaciones enviadas para su valoración en la forma que establece el apartado 4 del número cuarto de la presente Orden.»

Segundo.—Se autoriza a la Dirección General de Enseñanza Superior para dictar las resoluciones necesarias en desarrollo y aplicación de la presente Orden.

Tercero.—La presente Orden entrará en vigor el día 1 de octubre de 1994, con excepción de los números segundo, 4, párrafo segundo, 5 y 6; cuarto, 4; sexto, 2; adicional primera, 3 y disposición adicional segunda, de la Orden de 12 de junio de 1992, rectificada por la de 23 de junio de 1992, cuyas modificaciones se contienen en el número primero de la presente, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 4 de mayo de 1994.

SUAREZ PERTIERRA

Ilmos. Sres. Director general de Enseñanza Superior y Secretario general técnico.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

10577 ORDEN de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

El artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, faculta al Ministro de Economía y Hacienda para, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación, determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas habrán de tratar o prever de forma expresa, así como exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos, pudiendo imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos.

La presente Orden, que complementa la de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, hace uso de la mencionada habilitación en relación con los préstamos en los que la garantía hipotecaria recaiga sobre una vivienda, operación financiera típica generalmente asociada a la adquisición del inmueble.

Dada su finalidad tuitiva, la Orden se circunscribe deliberadamente a los préstamos hipotecarios sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 25 millones de pesetas.

La Orden, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas.

Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

A esa adecuada comprensión deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas. Las significativas precisiones que sobre la actuación de los Notarios establece la Orden en su artículo 7 justifican, por lo demás, que, aun constituyendo desarrollo del citado artículo 48.2 de la Ley 26/1988, la presente disposición se dicte conjuntamente por los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda.

En su virtud y a propuesta conjunta de los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda, de acuerdo con el Consejo de Estado, he tenido a bien disponer.

CAPITULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. *Ámbito de aplicación.*

1. La presente Orden será de aplicación obligatoria a la actividad de las entidades de crédito relacionadas con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:

1.^a Que se trate de un préstamo hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda.

2.^a Que el prestatario sea persona física.

3.^a Que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25 millones de pesetas, o su equivalente en divisas.

2. La presente Orden será de aplicación a las actividades citadas que se realicen en España, cualquiera que sea el lugar de domicilio de la entidad de crédito que pretenda actuar como prestamista o el lugar de for-

malización del préstamo. En particular, se presumirán sujetos a esta Orden los préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas situadas en territorio español, otorgados a personas residentes en España.

3. Con independencia de las reglas establecidas en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas, en los préstamos otorgados por entidades de crédito a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas en préstamos que cumplan las condiciones establecidas en el número 1 de este artículo, resultará de aplicación lo dispuesto sobre índices o tipos de interés de referencia en los números 2 y 3 del artículo 6 de esta Orden. Asimismo, las escrituras de tales préstamos incluirán cláusulas con contenido similar al de las cláusulas financieras previstas en el anexo II de la presente Orden (con excepción de la 1.ª, 1.ª bis y 4.ª, apartado 1).

4. Aun cuando se den las circunstancias establecidas en el número 1 de este artículo, no quedará sujeta a la presente Orden la constitución de hipoteca en garantía de deudas anteriores de naturaleza no hipotecaria contraídas frente a la entidad de crédito en cuyo favor se constituya la hipoteca o a otras entidades pertenecientes al grupo de ésta.

5. En lo no previsto para los préstamos hipotecarios en la presente Orden será de aplicación lo dispuesto en la Orden de este Ministerio de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y en sus normas de desarrollo.

Artículo 2. *Naturaleza de la presente Orden.*

1. El incumplimiento por las entidades de crédito de las obligaciones establecidas en esta Orden podrá ser sancionado de acuerdo con lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.

2. Lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación.

CAPITULO II

Actos preparatorios

Artículo 3. *Folleto informativo.*

1. Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma.

Si se trata de impresos que no contuvieran toda la información prevista en el citado modelo, las entidades deberán completarlos antes de su entrega.

2. La entrega del folleto será gratuita, pudiendo el interesado conservarlo en su poder aun cuando opte por no concertar el préstamo con la entidad.

3. Salvo lo dispuesto sobre comisiones en la citada Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo y lo establecido en el artículo 4.1, las condiciones contenidas en el folleto informativo tendrán carácter orientativo, lo que se hará constar en él de forma expresa.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre publicidad falsa o engañosa en el artículo 8.º 3 de la citada Ley 26/1984 y en las demás disposiciones aplicables.

Artículo 4. *Gastos y servicios accesorios.*

1. Cuando la entidad concierte o efectúe la tasación del inmueble u otro servicio que considere necesario, y dicho gasto sea por cuenta del cliente, deberá indicar a éste la identidad de los profesionales o entidades seleccionados al efecto.

Si el servicio fuera prestado directamente por la entidad de crédito o la relación de profesionales o entidades seleccionadas incluyera un número de ellos igual o inferior a tres, la entidad de crédito deberá suministrar, además, al cliente las tarifas de honorarios aplicables.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la prohibición contenida en el artículo 10.1.c), apartado 12 de la citada Ley 26/1984.

2. Cuando la entidad de crédito concierte o efectúe directamente la tasación del inmueble pero tales gastos sean a cargo del solicitante, la entidad de crédito deberá entregar a éste copia del informe de tasación si la operación llega a formalizarse, o el original de dicho informe, en caso contrario.

3. El folleto informativo indicará con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que se considerarán a cargo del cliente aun cuando el préstamo no llegue a otorgarse.

Artículo 5. *Oferta vinculante.*

1. Efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, la entidad de crédito vendrá obligada a efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo.

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

2. En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con la antelación a que se refiere el número 2 del artículo 7, en el despacho del Notario autorizante.

CAPITULO III

Documento contractual

Artículo 6. *Cláusulas financieras del contrato.*

1. Las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos hipotecarios sometidos a la presente Orden contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el anexo II de la presente Orden. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del prestatario, desvirtuar el contenido de aquéllas.

Excepcionalmente, en el caso de contratos de préstamo hipotecario sujetos a la presente Orden que, por su naturaleza especial, no puedan adecuarse íntegramente al modelo de cláusulas financieras establecidas en el citado anexo II, podrán las entidades de crédito someter a la verificación previa de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera los correspondientes modelos de contrato, justificando adecuadamente las circunstancias que impiden acomodarse a las cláusulas del cita-

do anexo. Transcurridos dos meses sin que recaiga resolución expresa, se entenderá verificado favorablemente el modelo.

2. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

3. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, no será precisa la notificación individualizada al prestatario de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias:

1.º Que se haya pactado la utilización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional segunda de esta Orden.

2.º Que el tipo de interés aplicable al préstamo esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1 de la cláusula 3.ª bis del anexo II de esta Orden.

Artículo 7. Acto de otorgamiento.

1. En materia de elección de Notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial y demás disposiciones aplicables.

2. El prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El prestatario podrá renunciar expresamente, ante el Notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia Notaría.

3. En cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario:

1.º Comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiendo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.

2.º En el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de esta Orden.

b) Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.

c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes.

3.º En el caso de préstamos a tipo de interés fijo, comprobar que el coste efectivo de la operación que, calculado conforme a las reglas establecidas por el Banco de España, se hace constar a efectos informativos

en el documento se corresponde efectivamente con las condiciones financieras del préstamo.

4.º En el caso de que esté prevista alguna cantidad a satisfacer por el prestatario al prestamista con ocasión del reembolso anticipado del préstamo, o que dichas facultades del prestatario se limiten de otro modo o no se mencionen expresamente, consignar expresamente en la escritura dicha circunstancia, y advertir de ello al prestatario.

5.º En el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

6.º Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el prestatario comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.

Disposición adicional primera.

Se faculta al Banco de España para dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de la presente Orden.

En particular, queda también facultado para, mediante Circular, adaptar el anexo I de esta Orden, relativo al folleto informativo sobre préstamos hipotecarios, a aquellos supuestos en que lo exija el desarrollo de nuevas modalidades de préstamo, o en que otras circunstancias relevantes aconsejen mejorar su contenido.

Disposición adicional segunda.

El Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente.

Disposición final.

La presente Orden entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 5 de mayo de 1994.

PEREZ RUBALCABA

Excmos. Sres. Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia.

ANEXO I

Folleto informativo sobre préstamos hipotecarios sujetos a la presente Orden

Elementos mínimos que contendrán los folletos informativos sobre préstamos hipotecarios sujetos a la presente Orden:

1. Identificación del préstamo:

Denominación comercial.

Cuantía máxima del préstamo respecto al valor de tasación del inmueble hipotecado.

Moneda del préstamo (sólo si no fuera la peseta).

2. Plazo del préstamo:

Plazo total.

Plazo de carencia de amortización del principal.

Periodicidad de los pagos (mensual/trimestral/semestral/otros), y sistema de amortización.

3. Tipo de interés:

Modalidad del tipo de interés (fijo/variable).

Tipo de interés aplicable (indicación orientativa, mediante un intervalo, del tipo de interés nominal anual,

en caso de préstamos a tipo fijo; o del margen sobre el índice de referencia, en caso de préstamos a tipo variable).

Índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, indicándose su evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible).

Plazo de revisión del tipo de interés (primera revisión y periodicidad de sucesivas revisiones).

4. Comisiones (indíquense aquéllas que resulten aplicables, señalando respecto a ellas, en todo caso, las máximas comunicadas al Banco de España y, optativamente, las mínimas previsibles):

Comisión de apertura.

Cantidad que, en caso de amortización anticipada, deberá satisfacer el prestatario a la entidad prestamista, distinguiendo, en su caso, entre amortización parcial y total.

Otras.

5. Gastos a cargo del prestatario:

Servicios que concertará o prestará directamente la entidad de crédito: Indíquense los conceptos aplicables (por ejemplo, tasación) y, cuando sea obligatorio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Orden, las tarifas aplicables.

Indíquese la forma en que dichos gastos «suplidos» se cobrarán o repercutirán al cliente. Señálense expresamente los gastos que serán a cargo del solicitante del préstamo aun cuando el préstamo no llegue a formalizarse.

Servicios que deberá obligatoriamente contratar y abonar directamente el cliente: Indíquense los conceptos aplicables (por ejemplo, seguro de daños) y, con carácter meramente orientativo, su cuantía.

Impuestos y Aranceles (indíquense los conceptos aplicables y, de forma aproximada para cada uno de ellos, su base imponible y el tipo porcentual aplicable).

6. Importe de las cuotas periódicas: Se proporcionará al solicitante, a título orientativo, una tabla de cuotas periódicas, en función del plazo y tipo de interés.

ANEXO II

Cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario sujetos a la presente Orden

Advertencia previa

Las cláusulas numeradas con ordinal simple (por ejemplo, la cláusula 1.^a) aparecerán necesariamente en todos los contratos de préstamo hipotecario sujetos a la presente Orden; las numeradas con ordinal-bis (por ejemplo, la cláusula 1.^a bis) sólo cuando resulten de aplicación. Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo previsto en el artículo 3.1 de la Orden para los contratos suscritos por constructores o promotores inmobiliarios.

1.^a *Capital del préstamo.*—La cláusula expresará:

a) El importe del préstamo.—Si se tratara de un préstamo en divisa (por ejemplo, ECUs), se especificará ésta, definiéndose adecuadamente. En las cláusulas correspondientes (2.^a, 3.^a, etc.) se señalarán las especificidades (por ejemplo, moneda de pago, cálculo del importe en pesetas de cada pago, etc.) derivadas de que el préstamo esté denominado en moneda distinta de la peseta.

b) La forma de entrega del importe del préstamo.—Si la entrega se realiza mediante abono en una «cuenta especial» de la que el prestatario no pueda disponer

libremente, deberá cumplimentarse obligatoriamente la cláusula 1.^a bis.

1.^a bis. *Cuenta especial.*—En esta cláusula se especificará:

a) Las condiciones cuyo cumplimiento deba acreditar el prestatario antes de poder disponer libremente del saldo de dicha cuenta.

b) El plazo para el cumplimiento de dichas condiciones y las facultades resolutorias de la entidad prestamista en caso de que se rebase.

2.^a *Amortización.*—La cláusula indicará:

1.^o Las fechas del primer y del último pago de amortización, cuando dichas fechas estén fijadas de antemano.

2.^o El número, periodicidad y cuantía de las cuotas en que se divida la amortización del préstamo, cuando estuvieran fijadas de antemano.

Si se tratara de préstamos en divisas, se especificarán en este apartado las reglas a seguir para la determinación del valor en pesetas de cada cuota.

3.^o Las condiciones para el ejercicio de la facultad de reembolso anticipado, expresándose en particular:

a) Las fechas de ejercicio de dicha facultad.

b) Si se hubiera pactado, la cantidad que con ocasión del reembolso anticipado deba satisfacer el prestatario a la entidad prestamista al ejercer dicha facultad, distinguiendo, en su caso, entre amortizaciones totales y parciales.

c) En caso de reembolso anticipado parcial, la cuantía mínima y el modo concreto en que éste alterará el importe o número de las cuotas de amortización remanentes, indicándose, en su caso, las facultades de elección que se reconozcan al efecto al prestatario.

4.^o Cuando existan, las demás facultades que se reconozcan al prestatario para alargar o alterar el calendario de amortización, y las condiciones para su ejercicio.

3.^a *Intereses ordinarios.*—En esta cláusula se hará constar:

a) El tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo, especificándose si es fijo durante toda la vida del préstamo o si tendrá carácter variable, durante la totalidad o parte de la vida del préstamo.

Si el tipo de interés fuera fijo durante toda la vida del préstamo, se señalará en esta cláusula su valor, expresado en tanto por ciento nominal anual.

Si el tipo de interés pudiera variar en algún período, se especificará con claridad el comienzo de dicho período, cumplimentándose obligatoriamente la cláusula 3.^a bis.

b) La fecha de inicio del devengo de intereses, y su periodicidad y forma de liquidación ordinaria, indicándose la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés anual, el importe absoluto de los intereses devengados.

c) El número de días que se considerará que tiene el año cuando, para el cálculo de los intereses devengados durante periodos inferiores a un año, sea preciso convertir el tipo de interés anual en un tipo de interés diario.

d) Cuando resulte de aplicación, la forma especial de liquidación de intereses del período transitorio durante el cual el prestatario no tenga la plena disponibilidad del importe íntegro del préstamo, por no haberse cumplido las condiciones establecidas al efecto.

En este supuesto los intereses se aplicarán exclusivamente a la parte del préstamo sobre la que el prestatario hubiera dispuesto o tuviera la libre disposición, y se entenderán devengados por días.

e) En el caso de préstamos en divisas, las reglas aplicables para el cálculo en pesetas del importe de los intereses.

3.^a bis. *Tipo de interés variable.*

1. Definición del tipo de interés aplicable.—Cuando el tipo de interés pueda variar en algún período, se expresará éste de alguna de las siguientes formas:

a) Como suma de:

Un margen constante (positivo, nulo o negativo), expresado en puntos o fracciones de punto.

El tipo de interés de referencia.

b) Como cierto porcentaje de un tipo de interés de referencia.

c) Como suma de:

Un tipo de interés constante.

Un margen variable, que será igual a la variación absoluta (positiva, nula o negativa) experimentada, desde cierta fecha establecida en el contrato, por un índice o tipo de interés de referencia.

d) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.

2. Identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia.—En lo relativo al tipo de interés o índice de referencia, la cláusula deberá expresar:

a) La definición del mencionado índice o tipo de interés; el organismo público, asociación o entidad privada que lo elabore; y la periodicidad y forma en que se publique o sea susceptible de conocimiento por el prestatario.

b) Cuando el tipo de interés de referencia corresponda a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la del préstamo objeto del contrato (por ejemplo, que el tipo de referencia esté definido como un tipo efectivo anual y el préstamo tenga pagos mensuales) o incluya conceptos (por ejemplo, comisiones) que estén previstos como concepto independientemente en el préstamo objeto del contrato, se indicará si debe efectuarse algún ajuste o conversión en el tipo de interés de referencia antes de calcular el tipo de interés nominal aplicable, definido según la fórmula descrita en el apartado 1 de esta cláusula 3.^a bis.

En caso afirmativo, se indicará la fórmula o procedimiento del ajuste o conversión que deba efectuarse.

c) El índice o tipo de interés de referencia sustitutivo que deba utilizarse excepcionalmente cuando resulte imposible, por razones ajenas a las partes, la determinación del índice o tipo de interés de referencia designado en primer término.

3. Límites a la variación del tipo de interés aplicable.—Cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites:

a) En términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo.

Esta forma de expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo.

b) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.

4. Umbral mínimo de fluctuación y redondeos del tipo de interés aplicable.—Si se pactara un umbral mínimo para la variación del tipo de interés (de forma que éste permanezca inalterado cuando la fluctuación del índice de referencia no alcance, en más o en menos, cierto umbral), se expresará dicho umbral en fracciones de punto.

Si se pactara el redondeo del tipo de interés, se indicarán, en fracciones de punto, los múltiplos a los que se efectuará (por ejemplo, redondeo al más cercano octavo de punto).

5. Comunicación al prestatario del tipo de interés aplicable.—La cláusula deberá especificar:

a) La forma en que el prestatario conocerá el tipo de interés aplicable a su préstamo en cada período;

b) Si existe algún procedimiento especial que el prestatario pueda utilizar para reclamar ante la entidad en caso de que discrepe del cálculo efectuado del tipo de interés aplicable.

4.^a *Comisiones.*

1. Comisión de apertura.—Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará «comisión de apertura» y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula.

En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

2. Otras comisiones y gastos posteriores.—Además de la «comisión de apertura», sólo podrán pactarse a cargo del prestatario:

a) La cantidad que haya de abonar el prestatario con ocasión del reembolso anticipado, conforme a lo estipulado, en su caso, en la cláusula 2.^a.

b) Los gastos de la operación mencionados en la cláusula 5.^a, incluidos los correspondientes a servicios prestados directamente por la entidad.

c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo. En el caso de préstamos en divisas, se incluirán las comisiones de cambio máximas que pudieran resultar aplicables.

Cualesquiera importes periódicos a cargo del prestatario en favor de la entidad se reflejarán necesariamente, de forma implícita, en el tipo de interés ordinario que se hubiera libremente pactado.

4.^a bis. *Tabla de pagos y tipo de interés anual equivalente.*—En los préstamos a tipo de interés fijo, se hará constar en esta cláusula:

a) La cuota total que corresponderá satisfacer al prestatario en cada fecha.

b) El coste efectivo de la operación, calculado conforme a las reglas establecidas al efecto por el Banco de España.

5.^a *Gastos a cargo del prestatario.*—En esta cláusula se especificarán todos aquellos conceptos de gasto futuros o pendientes de pago que sean o se pacten a cargo del prestatario.

Podrán incluirse los siguientes conceptos:

- a) Gastos de tasación del inmueble.
- b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca.
- c) Impuestos.
- d) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de Impuestos.
- e) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo.
- f) Los derivados del seguro de vida del prestatario, cuando fueran aplicables.
- g) Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago.
- h) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad de crédito dirigida a la concesión o administración del préstamo.

6.^a *Intereses de demora.*—En esta cláusula se especificará:

- a) El tipo de interés de demora, expresado sea en forma de tanto por ciento anual, sea añadiendo un margen al tipo de interés de referencia.
- b) La base sobre la que se aplicará el interés de demora y su forma de liquidación.

6.^a bis. *Resolución anticipada por la entidad de crédito.*—Cuando se pacten expresamente, se indicarán en esta cláusula:

- a) Las causas especiales, distintas a las generales previstas en las Leyes, que faculten a la entidad prestamista para resolver anticipadamente el contrato de préstamo.
- b) El importe de la penalización por resolución anticipada del contrato, cuando ésta se base en el incumplimiento por el prestatario de alguna de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo.

Anexo 2: Artículo 82, 85 y 90 del Real Decreto Ley 1/2007.

Cláusulas abusivas

Artículo 82 Concepto de cláusulas abusivas

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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.

La Sentencia TS (Sala 1.ª) de 22 abril 2015, Rec. 2351/2012, fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a)** vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b)** limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c)** determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d)** impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e)** resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f)** contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

La Sentencia TS (Sala 1.ª) de 12 septiembre 2014, Rec. 1460/2013, fija como doctrina jurisprudencial que la condición general de los contratos de préstamo concertados por los consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por el fiador), de un pagaré en garantía de aquel, en el que el importe por la que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base en la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo, y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria.

Artículo 85 Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario

Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

1. Las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida.

2. Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurren motivos válidos especificados en el contrato.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

4. Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculten a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.

Lo previsto en este párrafo no afecta a las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato.

5. Las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aún cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones.

6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

7. Las cláusulas que supongan la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor y usuario se le haya exigido un compromiso firme.

8. Las cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario.

9. Las cláusulas que determinen la exclusión o limitación de la obligación del empresario de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

10. Las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el

convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio.

11. Las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

Artículo 90 Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable

Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan:

- 1.** La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.
- 2.** La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble.
- 3.** La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

Anexo 3: Comunicado del Poder Judicial.

“El Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha vuelto a debatir sobre las denominadas cláusulas suelo hipotecarias al estudiar dos recursos de entidades bancarias, uno planteado por el BBVA y otro por Cajasur. En el primer caso, la Sala ha confirmado su propia doctrina que estableció que eran nulas, por abusivas, las cláusulas de ese tipo con falta de transparencia. Además, ha matizado que el efecto restitutorio de las cantidades ya abonadas en virtud de cláusulas suelo declaradas nulas por falta de transparencia se producirá desde la fecha de publicación de la sentencia de la propia Sala, de 9 de mayo de 2013, donde se estableció la doctrina sobre abusividad de estas cláusulas. En cuanto al recurso de Cajasur, que pretendía que se rectificara esa doctrina de la Sala sobre nulidad de cláusulas suelo por abusivas, el Pleno lo ha desestimado”.

Anexo 4: Macrosentencia.

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 11 DE MADRID

C/ Gran Vía, 52 , Planta 3 - 28013

Tfno: 914930363



(01) 30530188706

NIG: 28.079.47.2-2010/0010543

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 471/2010

Notificación telemática de la resolución 52978015_Sentencia Proc. Ordinario de fecha null dentro del archivo comprimido 52978015_Sentencia Proc. Ordinario.zip que se anexa.

En Madrid, a siete de abril de dos mil dieciséis.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en w.w.w.:madrid.org.cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 0981224077930141810379

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 11 DE MADRID

C/ Gran Vía, 52 , Planta 3 - 28013

Tfno: 914930363

Fax: 914930480

42020310

NIG: 28.079.47.2-2010/0010543

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 471/2010

01 30529700155

Demandante: D./Dña. ABAD CABREJAS

PROCURADOR D./Dña. NURIA ROMAN MASEDO

D./Dña. ABEL PAREJO

PROCURADOR D./Dña. PEDRO ANTONIO GONZALEZ SANCHEZ

optica claravision

PROCURADOR D./Dña. MARIA ALBARRACIN PASCUAL

D./Dña. SERGIO REINA GONZALEZ

PROCURADOR D./Dña. ALVARO FRANCISCO ARANA MORO

D./Dña. MONTSERRAT JUNYER

PROCURADOR D./Dña. FERNANDO ANAYA GARCIA

D./Dña. ROSA ESCUDERO

PROCURADOR D./Dña. ANA VILLA RUANO

D./Dña. ARGENTINA MENENDEZ CASTRO

PROCURADOR D./Dña. JOSE ENRIQUE RIOS FERNANDEZ

D./Dña. ANGEL DOMINGUEZ FERNANDEZ

PROCURADOR D./Dña. BLANCA MURILLO DE LA CUADRA

D./Dña. ANTONIO BAENA CORTES

PROCURADOR D./Dña. VICTORIO VENTURINI MEDINA

D./Dña. MARIA CANDELAS ARES MANSILLA

PROCURADOR D./Dña. MANUEL DIAZ ALFONSO

D./Dña. MANUELA URBANO RODRIGUEZ

PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ANGEL APARICIO URCIA

ADICAE

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL MAR DE VILLA MOLINA

D./Dña. amparo gonzalez

PROCURADOR D./Dña. MARIA ESPERANZA ALVARO MATEO

Demandado: LIBERBANK

PROCURADOR D./Dña. ROBERTO PRIMITIVO GRANIZO PALOMEQUE

CAIXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER

BEVA

PROCURADOR D./Dña. ANA LLORENS PARDO

KUTXABANK

PROCURADOR D./Dña. ANA PRIETO LARA-BARAHONA

BARCLAYS BANK, S.A.U.

PROCURADOR D./Dña. ADELA CANO LANTERO

CAJASUR,S.A

PROCURADOR D./Dña. GERARDO TEJEDOR VILAR

CAJA DE ONTIYENT
PROCURADOR D./Dña. ISIDRO ORQUIN CEDENILLA
ABANCA
PROCURADOR D./Dña. RAFAEL SILVA LOPEZ
CAJA RURAL DE ZAMORA
PROCURADOR D./Dña. MARIA DE LA CONCEPCION MORENO DE BARREDA
ROVIRA
CAJASIETE
PROCURADOR D./Dña. MANUEL SANCHEZ-FUELLES GONZALEZ-CARVAJAL
CATALUYA BANK SA
PROCURADOR D./Dña. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN
BANKIA
PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL
CAJA GUSSONA
PROCURADOR D./Dña. MARIA DOLORES MORENO GOMEZ
BANCO SABADELL SA
PROCURADOR D./Dña. BLANCA MARIA GRANDE PESQUERO
BANCA PUEYO
PROCURADOR D./Dña. JOSE JOAQUIN NUÑEZ ARMENDARIZ
BANCO CAMINOS SA
PROCURADOR D./Dña. FERNANDO GARCIA DE LA CRUZ ROMERAL
IBERCAJA
PROCURADOR D./Dña. ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBERO
BANCA MARCH
PROCURADOR D./Dña. INMACULADA IBAÑEZ DE LA CADINIERE FDEZ
BANCO POPULAR ESPAÑOL SA
PROCURADOR D./Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ
CREDIFIMO S.L.
PROCURADOR D./Dña. GERMAN MARINA GRIMAU
CELERIS
PROCURADOR D./Dña. JOSE MANUEL FERNANDEZ CASTRO

SENTENCIA

En Madrid, a 7 de Abril de 2016

Vistos por D^a. Carmen González Suárez, Magistrada titular del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, los presentes autos registrados entre los de su igual clase con el nº arriba referenciado, identificado el proceso por los siguientes elementos:

- Tipo de procedimiento: Juicio Ordinario.

- Parte actora: Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE), PROCURADOR Dña. MARIA DEL MAR DE VILLA MOLINA, LDO D. ADRIAN REBOLLO
 PROCURADOR Dña. NURIA ROMAN MASEDO, LDO D. ADRIAN REBOLLO,
 PROCURADOR D. PEDRO ANTONIO GONZALEZ SANCHEZ, LDO Dª ANA MARIA OZONO,
 PROCURADOR Dña. MARIA ALBARRACIN PASCUAL, LDO Dª VERONICA RIOS,
 PROCURADOR D. ALVARO FRANCISCO ARANA MORO,
 LDO D. ALBERTO PRIETO SANCHEZ,
 PROCURADOR D. FERNANDO ANAYA GARCIA, LDO D. PABLO MAYOR GUZMAN,
 PROCURADOR Dña. ANA VILLA RUANG, LDO D. HERMINIO RAMIREZ MERINO,
 PROCURADOR D. JOSE ENRIQUE RIOS FERNANDEZ, LDO Dª VERONICA RIOS,
 PROCURADOR Dña. BLANCA MURILLO DE LA CUADRA, LDA Dª MARTA MARIA HERRERO,
 PROCURADOR D. VICTORIO VENTURINI MEDINA, LDO D. ORLANDO CACERES,
 PROCURADOR D. MANUEL DIAZ ALFONSO,
 PROCURADOR D. MIGUEL ANGEL APARICIO URDIA, LDO D. JOSE LUIS BLASCO,
 PROCURADOR Dña. MARIA ESPERANZA ALVARO MATEO, LDO D. JOE ANTONIO BETES

- Parte demandada: : LIBERBANK Y BANCO CASTILLA LA MANCHA
 PROCURADOR D. ROBERTO PRIMITIVO GRANIZO PALOMEQUE, LDO D. CARLOS CALVO GUTIERREZ, CAIXABANK SA Y BARCLAYS
 PROCURADOR D. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER, LDO D. EZEQUIEL MIRANDA, BEVA PROCURADOR Dña. ANA LLORENS PARDO, LDO D. CARLOS VENDRELL, KUTXABANK PROCURADOR Dña. ANA PRIETO LARA-BARAHONA, BARCLAYS BANK, S.A.U. PROCURADOR Dña. ADELA CANO LANTERO, CAJASUR,S.A PROCURADOR D. GERARDO TEJEDOR VILAR, LDO D. FRANCISCO DE ASIS PANIAGUA, CAJA DE ONTIVIENT PROCURADOR D. ISIDRO ORQUIN CEDENILLA, LDO D. SERGIO RUIZ RUIZ, ABANCA PROCURADOR D. RAFAEL SILVA LOPEZ, LDO D. JESUS PEREZ DE LA CRUZ, CAJA RURAL DE ZAMORA, CAJA RURAL DE ASTURIAS, CAJA RURAL DE EXTREMADURA, CAJA SAN VICENTE FERRER, BANCO MARE NOSTRUM, CAJA RURAL DE BETXI, CAJA RURAL CENTRAL, CAJAS RURALES REUNIDAS, CAJA RURAL DE

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- LA DEMANDA.

El 15 de noviembre de 2010, por el Procurador D. Jorge Luis de Miguel López, en representación de la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAF) y OTROS, se presentó demanda de Juicio Ordinario frente a ARQUIA – CAJA DE ARQUITECTOS, BANCO DE GALICIA (HOY ABSORBIDO POR EL BANCO POPULAR), BANCO GUIPUZCOANO, BANCO PASTOR, BANCO POPULAR, BANCO VASCONIA (HOY ABSORBIDO POR BANCO POPULAR), BBVA, BCO GALLEGO, CAI, CAIXA GALICIA, CAIXA GIRONA, CAIXA MANRESA [hoy CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA], CAIXA NGVA, CAIXA ONTINYENT, CAIXA PENEDES, CAIXA RURAL DE BALEARES, CAIXA SABADELL [hoy CAIXA D'ESTALVIS UNIC DE CAIXES DE MANLLEU, SABADELL I TERRASS], CAIXA TARRAGONA [hoy CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA], CAJA CASTILLA LA MANCHA, CAJA CIRCULO CATOLICO DE OBREROS, CAJA DE AHORRO DE CATALUNYA [hoy CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA], CAJA DE AHORRO DE EXTREMADURA, CAJA DE BADAJOZ, CAJA DUERO [hoy CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD], CAJA ESPAÑA [hoy CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD], CAJA GRAL. DE AHORROS DE CANARIAS, CAJA GRANADA, CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS, CAJA RURAL ARAGONESA Y DE LOS PIRINEOS, CAJA RURAL DE ASTURIAS, CAJA RURAL DE CUENCA, CAJA RURAL DE GRANADA, CAJA RURAL DE NAVARRA, CAJA RURAL DEL SUR, CAJA SEGOVIA, CAJA SCL, CAJA SUR, CAJALON, CAJAMAR, CELERIS SERVICIOS FINANCIEROS, CREDIFIMO CS, IPAR KUTXA, SABADELL ATLANTICO, UNICAJA, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, solicitaba el dictado de sentencia acordando:

1º.- Declarar que las entidades financieras demandadas (ARQUIA – CAJA DE ARQUITECTOS, BANCO DE GALICIA, BANCO GUIPUZCOANO, BANCO PASTOR, BANCO POPULAR, BANCO VASCONIA, BBVA, BCO GALLEGO, CAI, CAIXA GALICIA, CAIXA GIRONA, CAIXA MANRESA, CAIXA NGVA, CAIXA ONTINYENT, CAIXA PENEDES, CAIXA RURAL DE BALEARES, CAIXA SABADELL, CAIXA TARRAGONA, CAJA CASTILLA LA MANCHA, CAJA CIRCULO CATOLICO DE OBREROS, CAJA DE AHORRO DE CATALUNYA, CAJA DE AHORRO DE EXTREMADURA, CAJA DE BADAJOZ, CAJA DUERO, CAJA ESPAÑA, CAJA GRAL. DE AHORROS DE CANARIAS, CAJA GRANADA, CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS, CAJA RURAL ARAGONESA Y DE LOS PIRINEOS, CAJA RURAL DE ASTURIAS, CAJA RURAL DE CUENCA, CAJA RURAL DE GRANADA, CAJA RURAL DE NAVARRA, CAJA RURAL DEL

JAEN, UNICAJA, CEISS, CAJA RURAL DE TORRENT, IPAR KUTXA, CAJA RURAL DEL SUR, CAJA RURAL DE GRANADA, CAJA RURAL DE ALBACETE (GLOBAL CAJA), NUEVA CAJA RURAL DE ARAGON (BANTIERRA), CAJA DE ARQUITECTOS, PROCURADOR Dña. MARIA DE LA CONCEPCION MORENO DE BARREDA ROVIRA, LDO Dª ESTEFANIA PORTILLO, LDO D FERNANDO GRAGERA, LDO Dª ESTEFANIA PORTILLO, D RAFAEL MONSALVE, D. JORGE CAPELL, D. RAFAEL MONSALVE, Dª ESTEFANIA PORTILLO, D. RAFAEL MONSALVE, Dª ESTEFANIA PORTILLO, D. JORGE CAPELL, D. JORGE CAPELL, D. RAFAEL MONSALVE, D. FERNANDO GRAGERA, Dª ESTEFANIA PORTILLO, Dª ESTEFANIA PORTILLO, D. FERNANDO FRAGERA, D. RAFAEL MONSALVE, D. FERNANDO GRAGERA, CAJASIEITE, CAJA SORIA, CAJA ALMENDRALEJO, CAJA RURAL DE TERUEL, CAJA RURAL GALLEGA, CAJA RURAL NAVARRA, CJA RURAL DE CASTILLA LA MANCHA, CAJA RURAL DE BURGOS, PROCURADOR D. MANUEL SANCHEZ-PUELLES GONZALEZ-CARVAJAL, LDO D. JULIO PERNAS Y D. PEDRO J. GARCIA ROMERO, CATALUYA BANK SA Y BANCO ETCHEVERRIA PROCURADOR D. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN, LDO D. JORGE CAPELL Y LDO D. JOSE PEREZ DE LA CRUZ, ~~BANKIA~~ PROCURADOR D. FRANCISCO ABAJO ABRIL, LDO Dª MARIA JOSE COSMEA, CAJA GUSSONA PROCURADOR Dña. MARIA DOLORES MORENO GOMEZ, BANCO SABADELL SA PROCURADOR Dña. BLANCA MARIA GRANDE PESQUERO, LDO D. JORDI CALVC, BANCA PUEYO PROCURADOR D. JOSE JOAQUIN NUÑEZ ARMENDARIZ, LDC D. DANIEL MACHADO, BANCO CAMINOS SA PROCURADOR D. FERNANDO GARCIA DE LA CRUZ ROMERAL, LDO D. PEDRO HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, IBERCAJA PROCURADOR D. ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBERO, LDA Dª. ELENA GONZALEZ ADALID, BANCA MARCH PROCURADOR Dña. INMACULADA IBAÑEZ DE LA CADINIÈRE FDEZ, LDO DANIEL MACHADO, BANCO SANTANDER PROCURADOR Dª INMACULADA IBAÑEZ DE LA CADINIÈRE, LDO D.JAVIER SANCHEZ LOZANO BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, TARGOBANK Y BANCO POPULAR-E PROCURADOR Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ, LDO D. JESUS PEREZ DE LA CRUZ CREDITIFIMO S.L. PROCURADOR D. GERMAN MARINA GRIMAU, LDO D. RAFAEL MONSALVE, CELERIS PROCURADOR D. JOSE MANUEL FERNANDEZ CASTRO, LDO Dª SONIA GONZÁLEZ

- Pretensión deducida: nulidad de condiciones generales de contratación.

SUR, CAJA SEGOVIA, CAJA SOL, CAJA SUR, CAJALON, CAJAMAR, CELERIS SERVICIOS FINANCIEROS, CREDIFIMO CS, IPAR KUTXA, LA CAJA DE CANARIAS, SABADELL ATLANTICO, UNICAJA) vienen incorporando en los préstamos y/o créditos hipotecarios sometidos a revisión las denominadas cláusulas suelo (señaladas en el relato fáctico de la demanda), que son cláusulas hipotecarias y/o cualesquiera cláusulas limitativas del interés variable y/o que impongan barreras que impiden, dificultan o limitan de alguna forma la bajada del tipo de interés al que esté referenciado el contrato suscrito EN LOS TERMINOS TRANSCRITOS EN ESTA DEMANDA;

b.- Declare que las denominadas cláusulas suelo no respetan el equilibrio de las obligaciones y derechos del contrato (de préstamo y/o crédito hipotecario en el que están incluidas) ni consideradas individualmente ni en relación con las cláusulas techo;

c.- Declare que las denominadas cláusulas suelo modifican y desvirtúan la naturaleza de los contratos de préstamo y/o crédito hipotecario en los que están incluidas al introducir excepciones que contradicen la regla general pactada (tipo de interés variable pactado);

d.- Declare que las denominadas cláusulas suelo no han sido negociadas individualmente sino propuestas e incluidas unilateralmente por las entidades financieras demandadas;

e.- Declare que las denominadas cláusulas suelo son abusivas;

Y acuerde su cesación en los contratos de préstamo y/o crédito hipotecario en los que están incluidas, a los fines de restablecer el equilibrio de las partes, en particular en relación a la cesación en la aplicación a clientes que tengan la consideración de consumidores y usuarios.

2º.- Declare la nulidad de las cláusulas suelo, en el sentido de que se tengan por no puestas en los contratos en los que se hayan incluidas, teniéndolas por no puestas junto con aquellas conexas con las mismas y concordantes en relación a las siguientes entidades demandadas respecto de las cuales se ejercita la acción de nulidad: ARQUIA – CAJA DE ARQUITECTOS, BANCO DE GALICIA (HOY ABSORBIDO POR EL BANCO POPULAR), BANCO GUIPUZCOANO, BANCO PASTOR, BANCO POPULAR, BANCO VASCONIA (HOY ABSORBIDO POR BANCO POPULAR), BBVA, BCO GALLEGO, CAI, CAIXA GALICIA, CAIXA GIRONA, CAIXA MANRESA [hoy CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA], CAIXA NOVA, CAIXA ONTINYENT, CAIXA PENEDES, CAIXA RURAL DE BALEARES, CAIXA SABADELL [hoy CAIXA D'ESTALVIS UNIO DE CAIXES DE MANLLEU, SABADELL I TERRASS], CAIXA TARRAGONA [hoy CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA], CAJA CASTILLA LA MANCHA, CAJA CIRCULO CATOLICO DE OBREROS, CAJA DE AHORRO DE CATALUNYA [hoy CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA], CAJA DE AHORRO DE EXTREMADURA, CAJA DE BADAJOZ, CAJA DUERO [hoy CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD], CAJA ESPAÑA [hoy CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD], CAJA GRAL. DE AHORROS DE

CANARIAS, CAJA GRANADA, CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS, CAJA RURAL ARAGONESA Y DE LOS PIRINEOS, CAJA RURAL DE ASTURIAS, CAJA RURAL DE CUENCA, CAJA RURAL DE GRANADA, CAJA RURAL DE NAVARRA, CAJA RURAL DEL SUR, CAJA SEGOVIA, CAJA SOL, CAJA SUR, CAJALON, CAJAMAR, CELERIS SERVICIOS FINANCIEROS, CREDIFIMO CS, IPAR KUTXA, SABADELL ATLANTICO, UNICAJA.

3º.- Declare en relación a cada uno de los consumidores perjudicados por la inclusión y operatividad de la cláusula suelo la correlativa indemnizatoria por las diferencias que se acrediten en ejecución de sentencia (entre el índice de tipo de interés y la cláusula suelo aplicada) en concepto de cantidades indebidamente pagadas por los consumidores y usuarios e indebidamente cobradas por las entidades financieras, en relación a las siguientes entidades demandadas respecto de las cuales se ejercita la acción de nulidad: ARQUIA – CAJA DE ARQUITECTOS, BANCO DE GALICIA (HOY ABSORBIDO POR EL BANCO POPULAR), BANCO GUIPUZCOANO, BANCO PASTOR, BANCO POPULAR, BANCO VASCONIA (HOY ABSORBIDO POR BANCO POPULAR), BBVA, BCO GALLEGO, CAI, CAIXA GALICIA, CAIXA GIRONA, CAIXA MANRESA [hoy CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA], CAIXA NOVA, CAIXA ONTINYENT, CAIXA PENEDES, CAIXA RURAL DE BALEARES, CAIXA SABADELL [hoy CAIXA D'ESTALVIS UNIO DE CAIXES DE MANLLEU, SABADELL I TERRASS], CAIXA TARRAGONA [hoy CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA], CAJA CASTILLA LA MANCHA, CAJA CIRCULO CATOLICO DE OBREROS, CAJA DE AHORRO DE CATALUNYA [hoy CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA], CAJA DE AHORRO DE EXTREMADURA, CAJA DE BADAJOZ, CAJA DUERO [hoy CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD], CAJA ESPAÑA [hoy CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD], CAJA GRAL. DE AHORROS DE CANARIAS, CAJA GRANADA, CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS, CAJA RURAL ARAGONESA Y DE LOS PIRINEOS, CAJA RURAL DE ASTURIAS, CAJA RURAL DE CUENCA, CAJA RURAL DE GRANADA, CAJA RURAL DE NAVARRA, CAJA RURAL DEL SUR, CAJA SEGOVIA, CAJA SOL, CAJA SUR, CAJALON, CAJAMAR, CELERIS SERVICIOS FINANCIEROS, CREDIFIMO CS, IPAR KUTXA, SABADELL ATLANTICO, UNICAJA.

Condene a la demandada a eliminar de todas sus escrituras públicas de hipoteca y a su costa, con inscripción de dichas escrituras en el Registro de la Propiedad que sea competente y a costa de las demandadas, las cláusulas declaradas nulas y se abstenga en lo sucesivo de utilizar las mismas.

Dícte mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

Publique el fallo de la sentencia dictada, una vez firme junto con el texto de las cláusulas

afectadas, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia, salvo que el Juez acuerde su publicación en ambos, con los gastos a cargo del demandado.

Imponga a la demandada una multa en la cuantía que estime oportuna, conforme a lo dispuesto en el apartado 2o del artículo 711 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de nueva redacción según Ley 39/2002, de 28 de octubre, por cada día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia.

Condene a las demandadas a abonar a los consumidores perjudicados las cantidades a determinar en ejecución de sentencia sobre la base de las cantidades abonadas en exceso consistentes en la diferencia existente entre el tipo de interés pactado y el que haya sido satisfecho en aplicación de la clausula suelo, con los intereses que legalmente correspondan desde que se hubiesen abonado. En la sentencia se establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante, conforme lo dispuesto en los artículos 221.1 y 519 LEC.

SEGUNDO.- AMPLIACIONES DE LA DEMANDA, LLAMAMIENTO DEL ART. 15 LEC. EMPLAZAMIENTO DE LOS DEMANDADOS.

Mediante decreto de fecha 4 de febrero de 2011, se admitió a trámite la demanda y se acordó el llamamiento del art. 15 LEC, publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación de difusión nacional.

En fecha 28 de julio de 2011 se dictó auto admitiendo las adhesiones a la demanda.

En fecha 28 de julio de 2011 se dictó decreto teniendo por ampliada la demanda a nuevos demandados y acordando nueva publicación.

En fecha 16 de febrero de 2012 se dictó auto admitiendo las adhesiones a la ampliación de la demanda.

En fecha 16 de febrero de 2012 se dictó diligencia acordando el emplazamiento de los demandados.

TERCERO.- DECLINATORIA.

En fecha 6 de marzo de 2014 se dictó auto en el que se desestimaban las declinatorias formuladas por las entidades CAJA LABORAL POPULAR, COOPERATIVA DE CRÉDITO; CAJA RURAL DE ARQUITECTOS; CAJA RURAL DE ALBACETE, CIUDAD REAL Y CUENCA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO (en adelante, GLOBALCAJA); CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA y de CAIXABANK, S.A. (la Caixa"); "Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón" y de "Monte de Piedad y Caja General de Ahorros de Badajoz"; BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA, S.A.U.; CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO; CAJA RURAL DE

JAÉN; CAJA RURAL DEL SUR, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO; BANCO MARE NOSTRUM, S.A.; BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.; NUEVA CAJA RURAL DE ARAGÓN, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO (en adelante, BANTIERRA); CAJA RURAL DE ZAMORA; CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO; CAJA RURAL DE CANARIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO; CAJA RURAL DE CASINGS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO; CAJAMAR CAJA RURAL, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO (en adelante, CAJAMAR); BANKIA, S.A.

Asimismo se estimaba la excepción procesal de indebida acumulación de acciones, inadmitiendo la acción de nulidad contractual con apoyo en el art. 1.261 CC y se advertía a la parte actora que se requeriría de subsanación y/o aclaración del suplico de la demanda en el acto de la audiencia previa.

El tenor literal de la parte dispositiva de la citada resolución es el siguiente:

SE APRECIA LA EXCEPCIÓN PROCESAL DE INDEBIDA ACUMULACIÓN DE ACCIONES: SE INADMITE LA ACCIÓN DE NULIDAD CONTRACTUAL CON APOYO EN EL ART. 1261 CC Y CONCORDANTES Y ALEGACIÓN DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

SE ADVIERTE A LA PARTE ACTORA QUE SE REQUERIRÁ DE SUBSANACIÓN Y/O ACLARACIÓN DEL SUPLICO DE SU DEMANDA, concretando respecto de cada demandante la/s cláusula/s del contrato y/o escritura objeto de impugnación y cuya nulidad se solicita; debiendo transcribirse éstas del siguiente modo (como ejemplo):

DEMANDANTE XXX: CLÁUSULA YY BIS PÁRRAFO SEGUNDO, INSERTA EN LA ESCRITURA DE FECHA 00/00/0000, en su página 00; cuyo tenor literal es el siguiente: "... "

Bajo expreso apercibimiento de tener a la parte por desistida.

Asimismo, la parte actora deberá aportar al acto de la Audiencia Previa CD o soporte electrónico donde consten grabadas las cláusulas a que ha de referirse la aclaración: ACTUALIZADAS AL MOMENTO DE LA AUDIENCIA PREVIA, TENIENDO EN CUENTA LAS AMPLIACIONES Y DESISTIMIENTOS HABIDOS.

Por resolución de fecha 23 de febrero de 2015 se estiman parcialmente los recursos de reposición interpuestos por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA), GRUPO CAJATRES, S.A., NCG BANCO, S.A., CAIXABANK, S.A., BANCO GALLEGO, S.A. y BANCO SABADELL, S.A. contra el auto de 6 de marzo de 2014. En la citada resolución se acuerda la inadmisión de las acciones de indemnización del art. 1101 CC ejercitadas como accesorias a la acción de nulidad por vicios del consentimiento, sin perjuicio de la continuación del procedimiento respecto a las acciones de devolución de cantidades con base en el art. 12.2 párrafo 2º LCGC y se confirma la resolución recurrida en los restantes extremos.

CUARTO.- REQUERIMIENTO.

En fecha 15 de julio de 2014 se celebró la vista de medidas cautelares. En el transcurso de la misma, las entidades bancarias demandadas interesaron la suspensión por no haber concretado la demandante las cláusulas suelo respecto de las que se solicitaba la adopción de la medida cautelar. Por SSª se apreció la existencia de un defecto procesal que impedía la prosecución de la comparecencia, por lo que se acordó su suspensión, requiriendo a la parte demandante su subsanación en un plazo de 15 días.

En fecha 5 de enero de 2015 (y tras alzarse la suspensión del procedimiento solicitada por la parte demandante) la parte demandante cumplimenta el citado requerimiento.

QUINTO.- PROVIDENCIA SUBSANACIÓN.

Por providencia de 24 de febrero de 2015, se requirió a los demandantes que suscribieron la demanda iniciadora del procedimiento y sus sucesivas ampliaciones para que “manifiesten si se están ejercitando las acciones individuales de nulidad del art. 8 de la LCGC”, al advertirse la existencia de confusión acerca de si con la demanda se habían ejercitado acciones de nulidad al amparo del art. 8 de la LCGC o si, por el contrario, los adherentes que suscribieron la demanda junto con ADICAE (así como sus sucesivas ampliaciones) intervienen en el procedimiento con base en el art. 13.1 párrafo 2º de la LEC.

El citado requerimiento fue cumplimentado por ADICAE por escrito de 4 de marzo de 2015 en el que se precisaba que en la demanda no se estaban ejercitando las acciones individuales de nulidad del art. 8 LCGC.

SEXTO.- CONTESTACIONES A LA DEMANDA.

Por las entidades bancarias demandadas se presentaron escritos de contestación a la demanda. En todos ellos, tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que le eran de aplicación, terminaban suplicando que se dictara sentencia desestimando íntegramente la demanda con imposición de costas a la demandante.

SÉPTIMO.- AUDIENCIA PREVIA.

Convocadas las partes a la celebración de la audiencia previa al juicio, tras comparecer oportunamente, la parte demandante manifiesta que renuncia a la acción ejercitada frente a BBVA, ABANCA y CAJAS RURALES UNIDAS. Asimismo, pone de relieve la existencia de carencia sobrevenida de objeto respecto de Banco Santander y Barclays.

Tras resolverse oralmente las excepciones procesales invocadas en los escritos de contestación a la demanda, por las partes se efectuaron alegaciones complementarias. Asimismo, tras el posicionamiento acerca de los documentos aportados al procedimiento y la fijación de los hechos controvertidos, las partes solicitaron el recibimiento del juicio a prueba. Por la parte actora se propone la prueba documental aportada con la demanda, y por la parte demandada la documental aportada con la contestación y testifical, inadmitiéndose por S.Sª la prueba propuesta por las

entidades bancarias demandadas a excepción de la documental aportada. De conformidad con el art. 429.8 LEC se declaran los autos conclusos y vistos para sentencia.

OCTAVO.- AUTO RESOLVIENDO EXCEPCIONES PROCESALES.

En fecha 29 de junio de 2015, se dicta el auto documentando las excepciones procesales invocadas por las entidades bancarias en sus escritos de contestación a la demanda y resueltas oralmente en el acto de la Audiencia Previa.

En fecha 22 de septiembre de 2015 se dicta el auto resolviendo los recursos de reposición contra la citada resolución.

En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales a excepción de los plazos procesales en atención a la magnitud y complejidad del presente procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- POSICIÓN DE LA DEMANDANTE.

1. 1 Demanda y acciones ejercitadas.

La Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (en adelante, ADICAE) y otros adherentes, presentan una demanda frente a las entidades bancarias relacionadas en los antecedentes de hecho de la presente resolución. Tras las aclaraciones efectuadas por la demandante a lo largo del procedimiento, resulta que por la parte actora se ejercitan las siguientes acciones: a) una acción de cesación de la condición general de contratación consistente en la limitación de del tipo de interés variable (cláusulas suelo) que las entidades bancarias demandadas utilizan en sus contratos de préstamo a interés variable; b) una acción colectiva de restitución dirigida a obtener una sentencia que condene a la devolución de lo pagado en virtud de dicha cláusula y; c) una acción declarativa.

1. 2. Suplícate.

En el punto primero del suplico del escrito de demanda la parte demandante solicita que se declare:

a) que las entidades bancarias demandadas incorporan cláusulas suelo a sus contratos de préstamo hipotecario;

b) que las citadas cláusulas no respetan el equilibrio de las obligaciones y derechos del contrato, modifican y desvirtúan la naturaleza de los contratos de préstamo y/o crédito hipotecario, no han sido negociadas individualmente y son cláusulas abusivas. Asimismo, solicita que se acuerde su cesación en los contratos de préstamo hipotecario.

Asimismo, en los puntos dos y tres del suplico del escrito de demanda solicita:

a) que se declare la nulidad de las cláusulas suelo;

b) que declare la indemnización de los consumidores perjudicados en concepto de cantidades indebidamente pagadas por los consumidores y usuarios e indebidamente cobradas por las entidades financieras, y se condene a las demandadas a abonar las cantidades que se determinen en ejecución de sentencia;

c) que condene a las entidades bancarias a eliminar las cláusulas declaradas nulas y se abstenga de utilizarlas en los sucesivos;

d) que dicte mandamiento al titular del Registro de Condiciones generales de la Contratación;

e) que publique el fallo de la sentencia en el BORME o en un periódico de los de mayor circulación en la provincia en la que se ha dictado la sentencia y;

f) que imponga una multa a las entidades bancarias demandadas conforme a lo dispuesto en el art. 711.2 LEC.

1. 3. Cláusulas impugnadas.

1.3.1. Junto con la demanda y las sucesivas ampliaciones se aportaron una serie de escrituras otorgadas por las entidades bancarias demandadas conteniendo las cláusulas objeto de impugnación, entre las que se encuentran las que se relacionan a continuación:

1. ARQUIA CAJA DE ARQUITECTOS

Cláusula TERCERA BIS. Tipo de interés variable: Se acuerda que, en cualquier caso, el tipo de interés nominal anual a aplicar no sea inferior al 4% ni sobrepasará nunca el 12% anual, cualquiera que fuere lo que resultase del mecanismo de revisión anteriormente expuesto.

Cláusula inserta en la página 9 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por [redacted] y [redacted] y [redacted] s. Doc. número 1684.

2. LIBERBANK

Caja Castilla la Mancha

Cláusula TERCERA BIS, último párrafo: "El tipo de interés máximo amparado por la hipoteca, no será superior al 11% nominal anual, ni inferior al 4,50% nominal anual."

Cláusula inserta en la página 18 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por [redacted] Doc. número 6948.

Caja De Ahorros De Asturias / Cajastur

Cláusula TERCERA BIS punto 3.2. b "No obstante todo lo anterior, se conviene que durante la fase sujeta a interés variable, los tipos de interés nominal anual máximo y mínimo aplicables al préstamo serán del 2,95 por ciento y del 15 por ciento respectivamente, con independencia de que

el tipo resultante por aplicación las reglas de variabilidad recogidas en la presente estipulación sea inferior o supere los referidos límites”.

Cláusula inserta en la página 16 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por _____, loc. número 1886.

Caja De Ahorros De Extremadura

Punto 3.- LÍMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS del apartado VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE: Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicable:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS: 12 % NOMINAL ANUAL

TIPO MÍNIMO DE INTERÉS: 4,75 % NOMINAL ANUAL.

Cláusula inserta en la página 12-13 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por _____, Doc. número 117.

Caja de Ahorros de Santander y Cantabria

Cláusula TERCERA BIS (...) El tipo de interés nominal aplicable en posteriores ciclos se calculara mediante la adición al tipo de referencia de un diferencial de 0,75 PUNTOS, con un límite máximo y mínimo de 12,00% y 3,00% nominal anual, respectivamente.

Cláusula inserta en la página 17 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por _____, Doc. número 6914.

3. BANCO POPULAR

Banco De Galicia

Cláusula tercera. Punto 3.3. Límite a la variación del tipo de interés aplicable (...) No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 4,25 %.

Cláusula inserta en la página 20 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por _____ y _____, Doc. número 369.

Banco Pastor

Cláusula TERCERA BIS. Punto 4 LIMITES DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE: Las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4,150 POR CIENTO nominal anual ni superior al 12,500 POR CIENTO nominal anual.

Cláusula inserta en la página 19 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 320.

Banco Vasconia

Cláusula tercera. Punto 3.3. Límite a la variación del tipo de interés aplicable (...) No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 4,500 %.

Cláusula inserta en la página 20 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 6206.

Banco Popular Español

Cláusula tercera. Punto 3.3. Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 5,00 %.

Cláusula inserta en la página 19 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por oc. número 329.

Banco Andalucía

Cláusula tercera. Punto 3.3. Límite a la variación del tipo de interés aplicable (...) No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 5,00 %.

Cláusula inserta en la página 18 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por N. Doc. número 459.

Banco Castilla

Cláusula tercera. Punto 3.3. Límite a la variación del tipo de interés aplicable (...) No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 4,00 %.

Cláusula inserta en la página 32 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por oc. número 414.

Banco Crédito Balear

Cláusula 3ª. Punto 3.3. Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,820 %.

Cláusula inserta en la página 14 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por oc. número 328.

Banco Popular Hipotecario Español

El punto III Modificación de la revisión del tipo de interés: Por la presente, los comparecientes acuerdan establecer un tipo de interés mínimo 3,00 % a aplicar durante toda la duración del préstamo; de tal forma que si el tipo de interés resultante de la revisión pactada para el presente préstamo es inferior al 3,00 %, se aplicará en su lugar este último.

Cláusula inserta en la página 37 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por / Doc. número 1140.

Popular-E

Cláusula tercera. Punto 3.3. Límite a la variación del tipo de interés aplicable (...) No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,50 %.

Cláusula inserta en la página 19 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por / Doc. número 8365.

4. BANKIA

Caja Segovia

Cláusula TERCERA BIS, TIPO DE INTERÉS VARIABLE; apartado 4): No obstante, en todo caso, se pacta un tipo de interés mínimo aplicable al préstamo en los "periodos de interés" siguientes al inicial del 3,50 % nominal anual, de forma que, si del procedimiento de revisión descrito en los apartados anteriores para un "período de interés determinado" resultara un tipo de interés nominal inferior al mínimo pactada anteriormente, se aplicará es su lugar este tipo mínimo durante dicho período de interés.

Cláusula inserta en la página 26 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por / Doc. número 276.

Caja Insular De Ahorros De Canarias

Punto C.4 Condiciones comunes (incluida en la cláusula cuarta Intereses): En ambos supuestos de tipo ordinario o sustitutivo, el tipo nominal se aplicará con un mínimo del 3 por ciento anual.

Cláusula inserta en la página 22 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por / Doc. número 322.

Caja Rioja

Punto 1.4. TIPO MÁXIMO Y MÍNIMO.- INSTRUMENTO DE COBERTURA DEL RIESGO DE INTERÉS (TIPO MÁXIMO Y MÍNIMO).- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo decimonoveno del Real Decreto 2/2003, de 25 de abril, sobre medidas de reforma económica, la PRESTAMISTA dispone de un sistema de cobertura de riesgo de incremento de tipo de interés consistente en el establecimiento de límites de variabilidad; estando interesada la PARTE

PRESTATARIA en acogerse a dicho sistema de cobertura.- Se fija, de común acuerdo, el tipo de interés máximo del 18 % nominal anual y el tipo de interés mínimo en el 3,50% nominal anual, por lo que el tipo de interés resultante de aplicación de las normas anteriores, no será en ningún caso superior ni inferior a los límites señalados.

Cláusula inserta en la página 27-28 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 5157.

5. KUTXABANK, S.A.

Kutxa / Caja De Ahorros Y Monte Piedad De Gipuzkoa Y San Sebastian

Cláusula cuarta.- El tipo de interés resultante para la parte prestataria no será en ningún caso inferior al 3,500 por ciento nominal anual ni superior al 7,00 por ciento nominal anual.

Cláusula inserta en la página 16 de la escritura de préstamo hipotecario suscrita con la citada entidad bancaria por Doc. número 3712.

Caja Sur

CLÁUSULA TERCERA BIS. TIPO DE INTERÉS VARIABLE (...) A todos los efectos se establece que el tipo de interés aplicable a la presente operación, en ningún caso podrá ser superior al 12,00% nominal anual ni inferior al 3,00% igualmente nominal anual.

Cláusula inserta en la página 25 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 815.

6. LABORAL KUTXA

Ipar Kutxa Rural, S.C.C.

Se incluye en el último párrafo de la Cláusula Tercera Bis, cuyo tenor literal es el siguiente: El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al QUINCE por ciento ni inferior al TRES por ciento nominal anual.

Cláusula inserta en la página 18 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 417.

Caja Laboral Popular

CLÁUSULA TERCERA. INTERESES ORDINARIOS.- No obstante lo expuesto, durante la vida de esta operación, el tipo de interés nominal anual resultante final tendrá un límite máximo y otro mínimo de modo que no podrá ser exceder del tipo nominal máximo del 10 por ciento anual, ni ser inferior al tipo nominal 4 por ciento anual.

Cláusula inserta en la página 14 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ...

7. IBERCAJA BANCO

Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón

Cláusula INTERÉS, Instrumento de cobertura de tipo de interés.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo decimonoveno del R.D. 2/2003, de 25 de abril sobre medidas de reforma económica, la CAJA ha ofrecido al prestatario los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento de tipo de interés de los que actualmente dispone, habiendo optado el prestatario por contratar un instrumento de cobertura consistente en el establecimiento de límites de variabilidad del tipo de interés remuneratorio acordado en la presente escritura. A estos efectos, se fija el tipo de interés máximo en el 9,75 por ciento nominal anual y el tipo de interés mínimo en el 4,50 por ciento nominal anual.

En consecuencia, los intereses remuneratorios del presente préstamo no podrán liquidarse a un tipo de interés superior o inferior a los tipos máximo o mínimo anteriormente indicados”.

Cláusula inserta en la página 20 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. numero 356.

Monte de Piedad y Caja General de Ahorros de Badajoz

Cláusula INTERESES ORDINARIOS.- En ningún caso por aplicación de la revisión que debe producirse en cada período, el tipo de interés nominal anual a aplicar podrá ser inferior al TRES POR CIENTO, ni exceder del DOCE POR CIENTO.

Cláusula inserta en la página 16 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. número 231.

Caja de Ahorros y Monte de Piedad del Círculo Católico de Obreros de Burgos

Cláusula 3ª BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE. (...) No obstante, las partes acuerdan expresamente que el tipo de interés aplicable a cada periodo en ningún caso podrá ser inferior al mínimo pactado del 3,75 por ciento.

Cláusula inserta en la página 14 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. número 204.

8. BANCO SABADELL

Banco Guipuzcoano

Cláusula Cuarta.- (...) No obstante lo anterior, ambas partes acuerdan que el interés a aplicar en la presente operación no podrá ser nunca inferior al 4 por ciento anual nominal, de tal forma que si del cálculo del tipo de interés a aplicar en cada periodo de revisión, según lo previsto en los párrafos anteriores, resultara un interés inferior al citado 4%, se aplicará este último tipo.

Cláusula inserta en la página 25 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ..
v. Doc. número 811.

Banco Gallego

Cláusula Segunda.- Intereses ordinarios (...) Se establece que, a efectos hipotecarios, el tipo de interés remuneratorio no podrá exceder del 12% ni ser inferior al 4,50 %.

Cláusula inserta en la página 12 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 469.

Caixa Penedés

Párrafo segundo punto 3.3. de la cláusula tercera (...) No obstante, el tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo, en ningún caso podrá ser inferior al TRES por ciento ni superior al DIECINUEVE por ciento, tipos estos que tendrán la consideración de tipo de interés mínimo y máximo, respectivamente. Por tanto, si el tipo resultante de la revisión en cualquiera de los periodos de interés que comprende la segunda fase fuere inferior al tipo de interés mínimo o superior al tipo de interés máximo establecidos, serán éstos, tipo de interés mínimo en el primer caso y tipo de interés máximo en el segundo, los que se aplicarán al préstamo en el periodo de interés correspondiente.

Cláusula inserta en la página 36 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por
Doc. número 259.

Banco Sabadell Atlántico

Cláusula Tercera bis.- Tipo de interés variable (...) Las partes convienen expresamente que, cualquiera que fuere lo que resultare de la revisión del tipo de interés, el tipo aplicable de interés ordinario así como el sustitutivo, incluida la posible bonificación, en ningún caso será superior al QUINCE POR CIENTO (15 %) ni inferior al CUATRO CON VEINTICINCO POR CIENTO (4,25%).

Cláusula inserta en la página 25 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por . Doc. número 331.

Banco De Asturias

PACTO TERCERO BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE. (...) 4. Límite a la variación del tipo de interés aplicable: durante la fase de interés variable y a todos los efectos, si el tipo de interés nominal aplicable, incluido el bonificado, resultare inferior al 3,5% por ciento se utilizará esta cifra como tipo de interés nominal aplicable.

Cláusula inserta en la página 27 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 5062.

Banco Herrero

PACTO TERCERO BIS. Tipo de interés variable. 3.4 B Límite de variabilidad de los tipo de interés nominal anual. Durante la fase de interés variable, y a todos los efectos, si el tipo de interés nominal anual aplicable, incluido el bonificado, resultare inferior al tres con setenta y cinco por ciento, se utilizará dicha cifra como tipo de interés nominal anual aplicable. A efectos hipotecarios, tanto respecto de la PARTE DEUDORA como de terceros, el tipo máximo que puede alcanzar el interés nominal anual aplicable al préstamo, durante la fase sujeta a intereses variables, será del diecinueve por ciento.

Cláusula inserta en la página 23 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 2113.

Banco Urquijo

TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE (...) Las partes convienen expresamente que cualquiera que fuere lo que resultare de la revisión del tipo de interés, el tipo aplicable en ningún caso será superior al 15,00% ni inferior al 4,25%.

Cláusula inserta en la página 26 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 223.

9. CAIXABANK

Caixa Destalvis De Girona

TERCERA BIS (...) C) Límites a la variación del tipo de interés. Tipo de interés mínimo aplicable. Se acuerda y se pacta expresamente que el préstamo objeto del presente contrato no devengará en ningún caso un interés inferior al tres enteros y cincuenta centésimas por ciento (3,50%) nominal anual, como resultado de las sucesivas revisiones de interés.

Cláusula inserta en la página 27 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 3939.

Caja Sol

Apartado d) Tipo máximo y mínimo de la cláusula tercera.- (...) Se establece que, desde la primera revisión de tipos de interés, en ningún caso, el tipo de interés será inferior al 4,90 % ni superior al 14%".

Cláusula inserta en la página 25 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 354.

Caja De Ahorros De Burgos

(...) En todo caso se establece que el tipo nominal aplicable no podrá ser inferior al 3,00 % anual ni superior al 15%.

Cláusula inserta en la página 24 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. número 3529.

Caja Guadalajara

Sexto. Apartado B) Intereses. (...) Pacto de estabilización.

El tipo de interés revisado conforme a las reglas anteriores no podrá ser superior al 12,00 por ciento nominal anual, ni inferior al 3,00 por ciento nominal anual.

Cláusula inserta en la página 27 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. número 701.

Caixa D'estalvis I Pensions De Barcelona / La Caixa

TERCERA BIS.- Tipo de interés variable.(...) F) Límite a la variación del tipo de interés. Los tipos máximo y mínimo que puede alcanzar el interés nominal anual aplicable al préstamo durante la fase sujeta a intereses variables sera de nueve enteros y cincuenta centésimas de entero por ciento (9,50%) y de cuatro enteros por ciento (4%) respectivamente.

Cláusula inserta en la página 25 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. número 521.

Caja General De Ahorros De Canarias

TERCERA BIS: TIPO DE INTERÉS VARIABLE

(...) Los sucesivos tipos de interés resultantes como consecuencia de la modificación pactada, serán el resultado de adicionar un diferencial de cero coma cincuenta puntos al tipo de referencia, sin que en ningún caso puedan llegar a ser superiores al 5,95 % ni inferiores al 2,75 %.

Cláusula inserta en la página 17 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. número 674.

Banco Zaragozano

2.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE.

D) Límites a la variación del tipo de interés. Para el caso de revisión del tipo de interés, se acuerda que el tipo de interés nominal anual a aplicar no será inferior al 3,75% ni sobrepasará el 25% anual, cualquiera que fuere lo que resultase del mecanismo de revisión anteriormente expuesto.

Cláusula inserta en la página 20 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. Número 845.

Caja General de ahorros de Granada

Cláusula D) INTERESES ORDINARIOS en el párrafo SEGUNDO (...) En cualquier caso, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer intereses, como mínimo, al tipo del 3,75 por ciento nominal anual; y como máximo al tipo del 14.- por ciento nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca.

Cláusula inserta en la página 24 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 415.

10. CREDITIVO

TERCERA BIS.- (...) El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 20 % ni inferior al 3,95 % nominal anual.

Cláusula inserta en la página 13 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 6944.

11. CAJA DE AJORROS Y MONTE DE PIEDAD DE OBTINIENTE

Dentro de la cláusula TERCERA.- INTERESES ORDINARIOS se incluye el siguiente apartado:

LIMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS.

Para el caso de revisión del tipo de interés, las partes acuerdan expresamente que el tipo nominal anual aplicar no podrá ser inferior al 3,50% ni sobrepasar nunca el 9,50 % nominal anual, cualquiera que fuere lo que resultase del mecanismo de revisión anteriormente expuesto.

Cláusula inserta en la página 24 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 839.

12. UNICAJA BANCO

Caja Duero

Cláusula TERCERA- BIS: Revisión del tipo de interés

(...) El tipo de interés nominal aplicable se fijará, al inicio de cada sucesivo periodo anual, adicionando un diferencia de 0,75 puntos porcentuales al índice de referencia denominado EURIBOR DOCE MESES, sin que, en ningún caso, el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior al DOS CON NOVENTA Y CINCO por ciento.

Cláusula inserta en la página 22 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 6207.

Unicaja

TERCERA- BIS: Tipo de interés variable (...) En ningún caso, el tipo de interés aplicable al prestatario, será inferior al 3,50 por ciento nominal anual.

Cláusula inserta en la página 10 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. número 907.

13. BANCO MARE NOSTRUM

Caja Granada

Cláusula D). – Intereses ordinarios. (...) En cualquier caso, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer intereses, como máximo al tipo del CATORCE ENTEROS por ciento nominal anual y como mínimo al tipo de TRES ENTEROS Y SETECIENTAS CINCUENTA MILÉSIMAS por ciento, cualquiera que sea la variación que se produzca.

Cláusula inserta en la página 20 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por
Doc. número 324.

Caja de Ahorros de Murcia

TERCERA BIS.- (...) como consecuencia de las revisiones del tipo de interés pactadas, las modificaciones que se produzcan en el tipo de interés que resulte de aplicación, a efectos hipotecarios no podrán suponer una alteración superior ni inferior a 5 puntos sobre el inicialmente convenido, mientras que a efectos obligacionales tendrán como límite máximo el 12 % anual y como límite mínimo el 3,850 % anual.

Cláusula inserta en la página 20 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por
Doc. número 1360.

14. CELERIS SERVICIOS FINANCIEROS

TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE

(...) 3º.- Límites a la variación del tipo de interés.

Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen un tipo mínimo del interés del 5% nominal anual.

Cláusula inserta en la página 30 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. número 3522.

15. BANCA MARCHE

2.2.5. Tipo de interés ordinario (...) c) El tipo de interés devengado por el presente préstamo hipotecario no podrá ser inferior al cuatro por ciento ni superior al doce por ciento nominal anual, por lo que, si de la aplicación de las normas de revisión indicadas en el punto anterior, resultare un tipo de interés inferior al mínimo señalado, se devengará dicho tipo mínimo; y si resultare un tipo de interés superior al máximo citado, se aplicará dicho tipo máximo. A estos efectos se entenderá por tipo de interés mínimo y máximo el resultante de las normas de revisión, el índice de referencia incrementado con el diferencial pactado en la presente escritura.

Cláusula inserta en la página 14 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. número 6227.

16. BANCA PUEYO

Cláusula 3. INTERESES ORDINARIOS. b) (...) No obstante lo establecido anteriormente, se pacta que el tipo de interés nominal durante la vigencia del contrato nunca será inferior al tres por ciento ni superior al once por ciento.

Cláusula inserta en la página 10 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. número 8805.

17. BANCO CAMINOS

"... No obstante, el tipo de interés nominal anual a aplicar en cada periodo de liquidación, no podrá ser superior al 18,50 % nominal anual, ni inferior al 2,50 % nominal anual.

Cláusula inserta en la página 20 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. número 922.

18. BANCO FAR

TERCERA BIS.- INTERÉS VARIABLE

(...) 4.- Límites a la variación del tipo de interés. Ambas partes acuerdan que, una vez transcurrido el primer año de duración del presente préstamo, en ningún caso, el tipo de interés nominal anual a aplicar será inferior al 4 por ciento anual o superior al 20 % anual, cualquiera que fuese lo que resultase del mecanismo de revisión anteriormente expuesto.

Cláusula inserta en la página 14 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. número 8766.

19. GRUPO CAJA RURAL

Caja Rural Toledo

TERCERA BIS.- Tipo de interés variable.

(...) el tipo de interés aplicable a estos conceptos no podrá ser en ningún caso inferior, como mínimo al 3,50 por ciento anual, ni superior, como máximo al 14,00 por ciento anual, aun cuando

las variaciones de los índices de referencia o cualquier otra circunstancia de aplicación al caso, según las previsiones de las aludidas cláusulas, pudiesen situar aquel por encima del máximo o por debajo del mínimo citados.

Cláusula inserta en la página 16 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por

Doc. Número 771.

Caja Rural Zamora

TERCERA bis. TIPO DE INTERÉS VARIABLE

1º DEFINICIÓN DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE: (...) En ningún caso, el tipo de interés nominal anual a aplicar, pese a las bonificaciones a que hubiere lugar en la presente escritura, nunca podrá ser inferior al 3,50 %.

Cláusula inserta en la página 18-19 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por " Número 6855.

20. CAJA RURAL EXTREMADURA

Tercera- bis: TIPO DE INTERÉS VARIABLE

3.- LÍMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE

Con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los dos puntos anteriores, las partes establecen los límites siguientes a los tipos de interés aplicable:

TIPO MÁXIMO DE INTERÉS: 16 por ciento nominal anual

TIPO MINIMO DE INTERES: 4, 825% por ciento nominal anual.

Cláusula inserta en la página 14 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por --

Doc. Número 8182.

21. CAJA RURAL DEL MEDITERRÁNEO

TERCERA BIS.- LÍMITES A LA VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS

No obstante la variabilidad del tipo de interés pactado en la cláusula financiera inmediata anterior, las partes acuerdan expresamente que el tipo de interés nominal anual aplicado en cada uno de los periodos de revisión del tipo de interés no podrá ser inferior al 3,75 por ciento ni superior al 15 por ciento.

De este modo, si como consecuencia de la revisión pactada, el tipo resultante para un determinado periodo (tras adicionar al interés de referencia el margen correspondiente) estuviera por debajo del límite inferior antedicho se aplicará, para dicho periodo, el tipo de interés nominal anual del 3,75 %.

Por el contrario, si como consecuencia de la revisión pactada, el tipo resultante estuviese por encima del indicado límite superior se aplicará, para dicho periodo, el tipo de interés nominal anual del 15,00 por ciento.

Cláusula inserta en la página 15 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. Número 7600.

22. CAJA RURAL DE JAÉN

TERCERA- BIS: TIPO DE INTERÉS VARIABLE

3. LÍMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE.

No obstante la variación que aquí se pacta para el tipo de interés inicial, en ningún caso el tipo de interés aplicable al préstamo podrá superior al 12 % nominal anual, ni inferior al 4 %. Si el cálculo efectuado según el criterio de variación prevista en esta estipulación resultara un superior o inferior a los a los citados, se aplicaran éstos.

Cláusula inserta en la página 21-22 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 285.

23. CAJA RURAL DE BEXTI

Tercera.- Intereses ordinarios

(...) La alteración del tipo de interés como consecuencia de la revisión no podrá ser inferior a TRES CCMA CINCUENTA POR CIENTO.

Cláusula inserta en la página 10 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 8416.

24. CAJA RURAL DE SORIA

TERCERA.- INTERESES ORDINARIOS.

(...) En todo caso, el tipo mínimo aplicable al contrato será el 4,75 %.

Cláusula inserta en la página 12 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 4554.

25. CAJA RURAL CENTRAL

TERCERA-BIS (tipo de interés variable)

(...) El tipo de interés que resulte no podrá ser inferior al 4% nominal anual, ni superior al 11 %.

Cláusula inserta en la página 15 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 8044.

26. CAJA RURAL DE ASTURIAS

Se incluye en el apartado 4º de la cláusula TERCERA BIS, bajo la rúbrica Límites a la variación del tipo de interés. (...) En todo caso el tipo de interés anual resultante de cada variación no podrá ser superior al 15 por ciento ni inferior al 3 por ciento.

Cláusula inserta en la página 11 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ...
... Doc. número 864.

27. CAIXA RURAL GALEGA

TERCERA BIS: TIPO DE INTERÉS VARIABLE.

(...) D) LÍMITES DE VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS. Los límites de variación del tipo de interés nominal anual de este préstamo se establecen entre un mínimo del CUATRO por ciento y un máximo del DOCE Y MEDIO por ciento.

Cláusula inserta en la página 19 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. número 4568.

28. C.R. BURGOS, FUENTEPELAYO, SEGOVIA Y CASTELLDANS, SCC (LUEGO CAJAVIVA – HOY GRUPO CAJA RURAL)

TERCERA BIS: TIPO DE INTERÉS VARIABLE.

(...) Este tipo de interés con independencia de la variabilidad pactada en los párrafos anteriores, estará limitado a un mínimo del 3,95% y a un máximo del 15,75%.

Cláusula inserta en la página 16 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ...
... Doc. número 695.

29. CAJA RURAL DE TENERIFE- CAJASIEETE

TERCERA BIS: TIPO DE INTERÉS VARIABLE

(...) Márgenes de fluctuación del tipo de interés

En todo caso, el tipo de interés de referencia de la revisión anual conforme a la cláusula TERCERA-BIS no podrá ser inferior al 3,75 % ni superior al 15%.

Cláusula inserta en la página 20 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por ... Doc. número 4780.

30. CAJA RURAL DEL SUR

Caja Rural del Sur Sociedad Cooperativa de Crédito

TERCERA BIS.

(...) Tanto en el supuesto de que se aplique el tipo de referencia, EURIBOR a un año, definido en el apartado a) o los índices sustitutivos previstos en este epígrafe, se pacta expresamente que el interés resultante no podrá superar TRECE ENTEROS POR CIENTO NOMINAL ANUAL ni ser inferior a CUATRO ENTEROS Y OCHENTA Y CINCO CENTÉSIMAS POR CIENTO NOMINAL ANUAL.

Cláusula inserta en la página 13 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 342.

Caja Córdoba

3º.- INTERESES ORDINARIOS

a) DEFINICIÓN DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE (...) En ningún caso el tipo de interés resultante de las revisiones periódicas podrá ser inferior al 4,25 % ni exceder del 15%.

Cláusula inserta en la página 14 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 6288.

Caja Rural de Sevilla

TERCERA BIS.-

b) (...) Tanto en el supuesto de que se aplique el tipo de referencia, EURIBOR a un año, definido en el apartado a) o los índices sustitutivos previstos en este epígrafe, se pacta expresamente que el tipo de interés resultante no podrá ser inferior al tres enteros setecientos cincuenta milésimas por ciento (3,750%).

Cláusula inserta en la página 15 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 6193.

31. CAJA RURAL DE TERUEL

Cláusula TERCERA. Bis.- dos- LIMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS

El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios de acuerdo con lo establecido en los párrafos anteriores no podrá ser, en ningún caso, superior al 12% por ciento nominal anual, ni inferior al 4 % por ciento nominal anual.

Cláusula inserta en la página 20 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 183.

32. CAJA RURAL SAN VICENTE FERRER DEL VALL DE UXO

TERCERA. INTERESES ORDINARIOS

c) El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser en ningún caso, superior al 15 % ni inferior al 4 % nominal anual.

Cláusula inserta en la página 14 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 3375.

33. CAIXA RURAL CASINOS

INTERESES (...) En las revisiones el tipo de interés nominal resultante aplicable no será superior al 99 % anual salvo que resulte de aplicar por penalización de demora ni inferior al 4,000 % nominal.

Cláusula inserta en la página 2 de las condiciones particulares de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por J.

34. CAJA RURAL DE GRANADA

CUARTA: INTERESES ORDINARIOS

(...) Una vez transcurrido el periodo de interés fijo pactado para los doce primeros meses, el tipo de interés que corresponda aplicar conforme a lo dispuesto en esta Cláusula, en ningún caso podrá ser superior al 12% nominal anual, ni inferior al 2,75 %, cualquiera que sea la variación que se produzca.

Cláusula inserta en la página 14 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 6258.

35. CAJA RURAL DE NAVARRA

Tercera.- INTERES ORDINARIO Y REVISIONES DEL TIPO DE INTERES

(...) Pactan las partes expresamente que el tipo de interés ordinario resultante de lo anteriormente pactado no podrá ser nunca inferior al 2,50 por ciento anual.

Cláusula inserta en la página 17 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por Doc. número 6210.

36. CAJA ALMENDRALEJO

TERCERA.- INTERESES ORDINARIOS

3º.- Límites

(...) El tipo de interés aplicable al devengo de los interese ordinarios no podrá ser en ningún caso inferior al CINCO POR CIENTO nominal anual, aplicándose este tipo de interés en aquellos periodos en que el tipo resultante, según lo dispuesto en la siguiente Estipulación Tercera bis fuere inferior a dicho mínimo.

Cláusula inserta en la página 15 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por

Doc. número 5364.

37. CAIXA DE GUISSONA

Tercera bis.- Tipo de interés variable

(...) A efectos obligacionales, el tipo de interés ordinario aplicable al préstamo que resulte de las cláusulas de revisión del tipo de interés convenidas en esta escritura no podrá ser, en ningún caso, inferior al 2,85 % nominal anual.

Cláusula inserta en la página 18 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por

Doc. número 1653.

38. CAJA CANTABRIA'

TERCERA BIS.

(...) La variación del tipo de interés esta sujeta a los límites siguientes: Máximo 12,00% y mínimo del 3,00% nominal anua

Cláusula inserta en la página 11 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por l

Doc. número 5324.

39. GLOBALCAJA

Caja Rural de Albacete

TERCERA Bis.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE.

(...) 4º.- TIPO MÁXIMO Y MÍNIMO: El tipo de interés revisado, conforme a las reglas anteriores, no podrá ser superior al 15 % nominal, ni inferior al 4% nominal anual.

Cláusula inserta en la página 15 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por

Doc. número 9093.

Caja Rural de Ciudad Real

TERCERA.- INTERESES ORDINARIOS

(...) El tipo de interés nominal anual que resulte no podrá ser inferior al CUATRO FOR CIENTO , ni superior al DIECISIETE POR CIENTO igualmente nominal anual.

Cláusula inserta en la página 16 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por

Doc. número 5648.

Caja Rural de Cuenca

TERCERA BIS: TIPO DE INTERÉS VARIABLE.

(...) sin que en ningún caso el tipo de interés resultante pueda ser inferior al **3,50 por ciento**, ni superior al **12 por ciento**.

Cláusula inserta en la página 13 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por

.. Doc. Número 6333.

40. BANTIERRA

Caja Rural de Aragón , Sociedad Cooperativa de Crédito (Cajalón)

TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE

(...) El interés calculado por este sistema, nunca podrá ser inferior al 4 por ciento nominal anual y tampoco ser superior al 17,00 por ciento nominal anual.

Cláusula inserta en la página 32 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por

.. Doc. número 175.

Caixa Advocats

TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE

(...) II. Límite de variabilidad de...intereses ordinarios. Dentro del carácter obligacional y sin perjuicio de cuanto se establece en la Cláusula No Financiera PRIMERA así como de lo pactado en la Cláusula Financiera SEXTA para los intereses de demora, las partes establecen con dicho carácter que, la variación en el tipo de interés, tendrá como límite, al alza, el tipo del 17% nominal anual y, a la baja, el tipo del 3,5 % nominal anual.

Cláusula inserta en la página 21 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por

.. Doc. Número 613.

Caja Rural de Huesca

SEGUNDA. COMISIONES E INTERÉS APLICABLE

(...) El tipo de interés a aplicar no podrá ser inferior al 5 % nominal anual, ni superior al 8,50 % nominal anual.

Cláusula inserta en la página 14 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por

.. Doc. Número 2300.

41. BANCO DEL COMERCIO

CUARTA (Tipo de interés variable)

(...) 6) El tipo de interés a aplicar no podrá ser, en ningún caso, inferior al TRES COMA CINCUENTA POR CIENTO ni superior al CATORCE por ciento anual.

Cláusula inserta en la página 15 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por

.. Doc. Número 367.

42. BANCO ETCHEVERRIA

TERCERA BIS: TIFO DE INTERÉS VARIABLE.

(...) 7.- En todo caso, el tipo de interés resultante no podrá nunca ser inferior al 4,00 %, cualquiera que sea la referencia que corresponda aplicar.

Cláusula inserta en la página 30 de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la citada entidad bancaria por . Doc. número 1287.

1.3.2. En este punto se ha de precisar que la parte demandante impugna en el escrito de demanda la validez de las cláusulas de limitación a la variabilidad de los tipos de interés empleadas por las entidades bancarias demandadas en abstracto -es decir, no referida única y exclusivamente a las cláusulas transcritas en el escrito de demanda y sus sucesivas ampliaciones-, para lo que hubiera bastado la transcripción de una cláusula de limitación por cada entidad bancaria. Es por ello que, a pesar de que la parte demandante ha transcrito en su escrito de demanda y sus sucesivas ampliaciones la totalidad de las cláusulas insertas en los contratos suscritos por los particulares que intervienen en el presente procedimiento (bien asistidos por la propia asociación de consumidores, bien con su propia asistencia y representación, tras el llamamiento) y acompañado a la misma las escrituras que contienen dichas cláusulas, resulta innecesario tanto su transcripción en la presente resolución como el examen pormenorizado de cada una de ellas; examen individual por otro lado incompatible con la naturaleza de las acciones colectivas ejercitadas en el presente procedimiento.

4. Fundamento de las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte demandante alega, en síntesis, los siguientes extremos relevantes al objeto de resolver las cuestiones controvertidas en el presente procedimiento:

1. Es público y notorio que las entidades bancarias demandadas comercializan contratos de préstamo y crédito hipotecario a interés variable a través de contratos de adhesión. Asimismo, es público y notorio que las entidades bancarias demandadas insertan en los mencionados contratos, cláusulas “suelo” y “techo” que limitan el índice variable aplicable a cada caso. La norma general en la contratación de este tipo de préstamos es que se encuentren referenciados a un tipo de interés variable, de forma que la introducción de la cláusula suelo supone una excepción a dicha norma, puesto que limita y se opone al índice aplicable a cada caso.

2. Las entidades bancarias incurrieron en un engaño en la comercialización de ese tipo de cláusulas, puesto que, a finales de 2007 y a lo largo del año 2008, manejaban previsiones de bajada del Euribor. Con la implantación de las cláusulas suelo, los Bancos y Cajas de Ahorro han pretendido subvertir el objeto y las condiciones esenciales de los contratos de préstamo y crédito hipotecario, minimizando el impacto que en las cifras de negocio y tesorería tiene la bajada de los tipos de interés. La inclusión de la cláusula techo se ha realizado con el único fin de simular que no existe un desequilibrio real para el usuario y/o cliente.

3. La situación derivada de la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario provocó que, en el año 2009, el Grupo Parlamentario Popular presentara una moción reclamando al gobierno la supresión de las cláusulas suelo. El senador del PP por Segovia, D. Francisco Javier Vázquez, *criticó que este tipo cláusulas "no recogía la publicidad de los contratos de préstamos y de las que en muchos casos no se advirtió a los consumidores, pudiéndose haber incurrido en una falta de transparencia en la inclusión de cláusulas imitativas del tipo de interés"*.

Partiendo de los anteriores hechos, la demandante sostiene que las cláusulas de suelo son cláusulas abusivas por cuanto:

1. Son condiciones generales de la contratación, al tratarse de cláusulas predispuestas por la demandada, incorporadas al contrato por imposición de la misma y redactadas con el fin de ser incorporadas a todos los contratos de adhesión suscritos.

2. No son elementos esenciales del contrato, porque son un elemento accesorio del precio.

3. Son abusivas porque ocasionan un desequilibrio entre las partes contratantes. Desde la perspectiva de la reciprocidad de partes, debe considerarse lícito todo pacto de limitación de los riesgos de variabilidad que cubra recíprocamente a ambas partes por igual o en análoga medida o alcance. Por el contrario, ha de reputarse ilícito todo pacto que: a) solo cubra el interés del prestamista (cláusula suelo, únicamente) por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor; b) cubra o pretenda cubrir tanto los intereses del prestamista como del prestatario, siempre que no guarde la prudencial o razonable relación de equivalencia o semejanza, legalmente exigible, entre la limitación al alza y a la baja, de la variación de los tipos de interés.

4. La inclusión de la cláusula suelo supone la introducción de un evidente elemento de ambigüedad y oscuridad, por cuanto la limitación al índice se ha introducido de forma oculta para el usuario. La oferta que han realizado "en masa" las entidades financieras ha sido la de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario referenciado a un interés variable, cuando la realidad de lo que se ha presentado a la firma del usuario es un contrato de préstamo hipotecario referenciado a un interés variable siempre y cuando el interés no baje por debajo de un determinado nivel señalado por el banco para asegurarse la viabilidad de costes del producto, en cuyo caso, el interés en vez de ser variable se convierte en fijo. Se ha contravenido la necesidad de ofrecer al cliente el adecuado soporte informativo que le permita conocer la naturaleza y funcionamiento de aquel contrato, hasta el extremo de que, en la mayor parte de los casos, ninguna referencia se hacía a la cláusula en las ofertas vinculantes.

Si acudimos a la normativa reguladora de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, cláusulas con las que las condiciones generales de la contratación guardan una indudable analogía, sólo cabe concluir que, para su validez, las cláusulas suelo han de ser expresamente firmadas y confirmadas por el adherente.

5. Finalmente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.101 y concordantes del Código Civil, la demandante entiende que de cualquier modo existiría un derecho de indemnización a favor de la

parte actora, con base a los daños y perjuicios que la actuación de la entidad financiera demandada ha causado en su patrimonio

SEGUNDO.- POSICIÓN DE LAS ENTIDADES BANCARIAS DEMANDADAS.

Las entidades bancarias demandadas solicitan la desestimación íntegra de la demanda con base en los argumentos que pasamos a sintetizar a continuación:

IBERCAJA sostiene:

1. La **validez intrínseca** de las cláusulas impugnadas, pues las mismas no adolecen de una nulidad estructural. Su utilización aparece plenamente justificada desde un punto de vista económico porque consigue limitar los riesgos que se derivan de una evolución excepcional, alcista o bajista, de los tipos de referencia a los que se vinculan los préstamos hipotecarios y favorece la disposición del prestamista a conceder crédito mediante préstamo por más tiempo y con mejores condiciones.

2. Las cláusulas suelo de Ibercaja **superan el control de inclusión.**

3. El análisis de transparencia requiere de un **estudio individualizado** (caso por caso) del concreto contenido de la cláusula inserta en los préstamos hipotecarios suscritos por los intervinientes con IBERCAJA y las circunstancias particulares de su comercialización, para determinar si, en efecto, pudo producirse la falta de transparencia que determina su carácter abusivo y, por ende, su nulidad

4. La **improcedencia de la restitución** de cantidades. Subsidiariamente, sostiene que la restitución sólo procedería desde la fecha de la sentencia que ponga fin al presente procedimiento y con carácter subsidiario a lo anterior, desde el 9 de mayo de 2013 en aplicación de la jurisprudencia del TS.

5. La **improcedencia de todas las acciones ejercitadas respecto de los adherentes** que: a) no ostentan la condición de consumidores (en particular, autónomos y empresarios que carecen de la condición de consumidores); b) han firmado un acuerdo de novación del contrato de préstamo hipotecario, habiendo reconocido expresamente haber prestado un consentimiento cabal e informado sobre el impacto económico de la aplicación de esta cláusula suelo y; c) que han procurado la satisfacción de sus pretensiones al margen del presente procedimiento mediante el ejercicio de acciones individuales contra IBERCAJA.

BANCO CEISS, BANTIERRA, BMN, CAJA DE ARQUITECTOS, CAJA RURAL CENTRAL, CAJA RURAL DE ASTURIAS, CAJA RURAL DE BETXÍ, CAJA RURAL DE EXTREMADURA, CAJA RURAL DE GRANADA, CAJA RURAL DE JAÉN, CAJA RURAL DE TORRENT, CAJA RURAL DE ZAMORA, CAJA RURAL DEL SUR, CAJA RURAL SAN VICENTE, CAJAS RURALES UNIDAS, CATALUNYA BANC, CREDITIFIMO, GLOBALCAJA, IPAR KUTXA, UNICAJA y CATALUNYA BANC, niegan expresamente los hechos aducidos en el escrito de demanda y oponen, en síntesis:

1. La **transparencia de las cláusulas suelo** por ellas empleadas, al haber seguido un proceso de negociación e información previo a la formalización de las escrituras de préstamo hipotecario (proceso que siempre se desarrolla en estricto cumplimiento de la normativa vigente en la materia, a saber, las Órdenes Ministeriales de 12 de diciembre de 1989, de 5 de mayo de 1994 y, desde el año 2012, de la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011).

En cualquier caso, sostienen que para determinar la falta de transparencia de las cláusulas impugnadas es preciso descender al caso concreto y analizar las circunstancias específicas que rodearon la suscripción del contrato de préstamo hipotecario, así como el cumplimiento por parte de la entidad de la normativa de transparencia de aplicación y, en definitiva, determinar si realmente las cláusulas generan un desequilibrio injusto entre las partes. El Tribunal Supremo sienta la improcedencia de adoptar una decisión generalizada sobre las mismas.

2. La manifiesta **claridad en la redacción y la correcta ubicación** de las cláusulas suelo impugnadas.

3. La **eventual falta de transparencia no conlleva la inmediata declaración de nulidad de las cláusulas impugnadas**, sino que simplemente posibilita que el Juzgador ejercite el control de su supuesta abusividad al amparo del TRLGDCU (sentencia TS de 9 de mayo de 2013, párrafos 229, 249 y 250). En el hipotético caso de que se considerase que las cláusulas suelo litigiosas no cumplen las exigencias de transparencia, sólo podrían declararse nulas si concurren los requisitos legales que el art. 82.1 TRLGDCU exige para declarar el carácter abusivo de una cláusula contractual, requisitos que no concurren en el presente caso, pues: a) las cláusulas suelo no son cláusulas impuestas; b) no son contrarias a la buena fe; c) no crean un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio de los consumidores, pues la inclusión de las cláusulas suelo en los préstamos responde a un reparto real y equitativo de los riesgos que implica la concesión de un préstamo hipotecario y el cumplimiento de los derechos y obligaciones de las partes durante el largo período de su vigencia, que oscila generalmente entre los 20 y los 40 años. Tampoco puede entenderse que la cláusula suelo frustra las expectativas de los clientes de abaratamiento del crédito, pues en el momento de la contratación era imposible conocer la evolución que tendrían los tipos de interés y, en todo caso, las previsiones existentes apuntaban en todo caso a un escenario alcista de los tipos, siendo absolutamente inconcebible la brusca caída de los tipos de interés producida como consecuencia de la imprevisible crisis internacional.

No existe, pues, desequilibrio que justifique una declaración de nulidad de las cláusulas controvertidas. Pero de considerar a efectos meramente dialécticos que existiese, el desequilibrio: (i) nunca sería en perjuicio de los consumidores, porque las cláusulas suelo posibilitaron la propia concesión de los préstamos hipotecarios, así como las restantes condiciones económicas y financieras de las operaciones y (ii) tampoco podría calificarse como importante en los términos del TRLGDCU.

4. Los consumidores conocían la existencia de las cláusulas controvertidas y han venido admitiendo su validez y eficacia durante un prolongado período de tiempo, ratificando con sus actos propios el pleno conocimiento de su existencia y la comprensión de los efectos jurídicos y económicos de la misma.

5. En cuanto a los **efectos de una eventual sentencia estimatoria**, puesto que la resolución que en su día se dicte habrá de establecer los datos, características y requisitos necesarios para delimitar los eventuales “beneficiarios” de una eventual condena, solicitan que:

- a) se excluya de a los adherentes que no ostenten la condición de consumidores por actuar en el ámbito de una actividad empresarial, comercial o profesional;
- b) puesto que el eventual juicio de transparencia se ha de realizar teniendo en cuenta los conocimientos, experiencia y cultura financiera de un consumidor medio, se ha de excluir a los adherentes que por su especial cualificación o experiencia (abogados, especialistas en finanzas, empleados de banca, promotores inmobiliarios, etc.) conozcan o tengan la posibilidad de conocer con sencillez el alcance y efectos de la cláusula suelo (véanse los párrafos 148, 152 y 253 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013);
- c) que se considere superado el control de transparencia en los casos de subrogaciones de prestatarios en préstamos promotor con cláusula suelo preexistente, y de subrogaciones de la entidad en préstamos hipotecarios suscritos por otras entidades financieras con consumidores con cláusula suelo preexistente, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Modificación de Préstamos Hipotecarios y en los casos en los que la cláusula suelo se pacta o modifica en escrituras de novación —sólo cabría efectuar el control sobre escrituras de concesión *ex novo* de préstamos hipotecarios—;
- d) que se excluyan los préstamos suscritos a partir del año 2009, momento en el que la utilización de las cláusulas suelo estaba completamente extendida en el mercado hipotecario y habían creado un enorme debate social, siendo un hecho público y notorio su conocimiento por parte de los consumidores.

6. **Irretroactividad** de una eventual declaración de nulidad.

7. **Improcedencia de publicar el fallo** de una hipotética sentencia estimatoria en el Boletín Oficial Del Registro Mercantil dada su licitud intrínseca.

BANCO SABADELL opone:

1. Falta de **legitimación activa** de los demandantes.
2. La **transparencia de las cláusulas suelo** de BANCO SABADELL, por tener establecido un sistema precontractual que permite la negociación de las cláusulas y garantiza el conocimiento previo a la contratación, procedimiento en el maco del cual se ha facilitado a todos los clientes de la entidad bancaria toda clase de explicaciones, simulaciones y documentación relativa a las condiciones financieras de la operación, a través de folletos informativos y ofertas vinculantes. Asimismo, sostiene que en los supuestos de subrogación no cabe hablar de falta de transparencia, puesto que, en estos casos, los adherentes negociaron con Banco Sabadell y suscribieron al efecto diferentes acuerdos privados.
3. **Improcedencia** de resolver la cuestión planteada a través de una **acción colectiva**, pues es necesario realizar un juicio de cognoscibilidad que ha de apreciarse caso por caso.
4. Inaplicabilidad de la sentencia de 9 de mayo de 2013, por tratarse de una sentencia inconstitucional, dado que si la OM 1994 no satisfacía el estándar de transparencia a que la propia

norma aspiraba, bastaba haberla anulado o (al tratarse de un Juez civil) haberla inaplicado por contraria a la ley (al artículo 80 de la LGDCU), pero no se puede sostener que las entidades que satisfacen los estándares de esta transparencia simple incumplen las exigencias de la transparencia cualificada cuando, como es el caso, la razón por la que esta reforzada transparencia se incumple sería precisamente por haber observado la norma en cuestión.

5. **Eficacia no retroactiva** de la sentencia que en su día se dicte.

CAIXABANK, S.A.

1. **Falta de legitimación activa** de ADICAE, pues no acredita que esté accionando en defensa del interés de sus asociados. Si bien manifiesta ejercitar una acción colectiva, en realidad ha efectuado una acumulación masiva de acciones individuales.

2. Las cláusulas suelo objeto de la acción de cesación ejercitada **no son condiciones generales de la contratación:**

- Las cláusulas suelo utilizadas por CAIXABANK no son cláusulas predisuestas.
- Las cláusulas suelo utilizadas por CAIXABANK no son cláusulas impuestas, pues como demuestra el informe pericial aportado con la contestación a la demanda, los adherentes podían decidir entre cerrar la operación a tipo fijo o a tipo variable sin acotaciones, por lo que podían incidir en la supresión de la cláusula suelo.
- En las cláusulas suelo contenidas en los contratos de CAIXABANK no concurre el requisito de la generalidad, al tratarse de cláusulas con diferente redacción y diferente ubicación en el contrato.

3. **Improcedencia de la acción colectiva** cuando la falta de transparencia proviene de una insuficiente información previa al cliente bancario y no de la oscuridad de la cláusula impugnada. La STS de 9 de mayo de 2013 declara la nulidad de unas concretas cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo hipotecario al considerarlas abusivas por falta de transparencia. Ahora bien, esta falta de transparencia no se debe a una oscura redacción de la cláusula, sino a la falta de información suficiente ofrecida al cliente bancario para poder prestar su consentimiento en el momento de la celebración del contrato. En consecuencia, este tipo de ilícito requeriría de la prueba de una actividad abusiva del empresario que hubiere perjudicado o pudiese perjudicar a todo un colectivo de afectados, prueba que es prácticamente imposible cuando se trata de una falta de transparencia por no mediar una previa información suficiente al consumidor. La existencia o no de transparencia obliga a limitar la actividad probatoria a un caso concreto, pues en cada supuesto las circunstancias concurrentes cambian y no es válido ni justo intentar dar una pauta general cuando la propia formación de cada consumidor pueda determinar que ante unas mismas circunstancias, ante el cumplimiento de unos mismos requisitos formales, una persona pueda quedar perfectamente informada y otra no.

4. **Transparencia de las cláusulas suelo contenidas en contratos celebrados a partir de 2007.** Es un hecho notorio que en 2007 hacía ya cuatro o cinco años que la inclusión de las cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario era una cuestión de amplia difusión y como indica el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo en el voto particular formulado a la sentencia del TS

464/2014, de 8 de septiembre de 2014, es difícil de admitir que en 2007 “el consumidor no pudiera llegar a conocer de su existencia [de las cláusulas suelo] y de las consecuencias económicas que le podía deparar”.

5. Sólo cabe efectuar el control de transparencia a las cláusulas suelo contenidas en **contratos con consumidores**.

6. No procede efectuar el control de transparencia en los casos de **subrogaciones**.

8. **Superación del control de transparencia en los siguientes casos:**

- Novaciones de la cláusula suelo: La novación de la cláusula suelo constituye prueba suficiente de que la misma ha sido negociada y, en su consecuencia, no puede ser considerada como una condición general.
- Colectivos con condiciones especiales previamente negociadas:
 - Contratos suscritos por empleados de la entidad financiera: las condiciones financieras se fijaron de conformidad con el convenio colectivo aplicable y con un acuerdo sobre beneficios sociales y mejoras laborales.
 - La “Hipoteca Joven Canaria” ofertada por Caja Canarias en el marco del “Convenio de colaboración entre el Instituto Canario de la Vivienda, la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales y la Caja General de Ahorros de Canarias para el desarrollo de la Hipoteca Joven Canaria en el marco del Programa Bolsa Vivienda Joven.
 - Cláusulas comprensibles, identificadas como definidoras del objeto principal del contrato.
 - Consumidores con más de un préstamo hipotecario contratado: esta circunstancia indica que se trata de personas que han negociado en más de una ocasión con la entidad financiera y, en esa medida, hay que presuponerles una experiencia y conocimiento del producto contratado suficientes para poder afirmar la superación del control de transparencia

9. “Irretroactividad” (efectos ex nunc) de una eventual declaración de nulidad de las cláusulas suelo.

BANCO POPULAR y BANCO PASTOR

1. Licitud de las cláusulas de acotación mínima.

2. La cláusula suelo define el objeto principal del contrato, no siendo susceptible de ser sometida a control de contenido sobre su carácter abusivo.

3. Superación del doble control de transparencia por haber tenido todos los demandantes la oportunidad de conocer (i) la incorporación de la cláusula suelo a sus contratos de préstamo y (ii) la carga económica que les suponía dicha inclusión.

- La práctica habitual de BANCO POPULAR era y es explicar verbalmente al cliente todos los pormenores relativos a los intereses que debía pagar por su préstamo, lo que incluía lo relativo a la cláusula suelo.

- Las cláusulas suelo no se encuentran ubicadas entre otras estipulaciones que pudieran haber llevado a confusión a la parte prestataria, sino que se encuentran perfectamente destacadas en cada uno de los contratos.
- Las cláusulas son claras y sencillas y dejan pocas dudas sobre su alcance y función económica dentro del contrato. Si atendemos a la ubicación de la cláusula suelo en cada tipo de contrato, comprobamos que no aparece ubicada entre una abrumadora cantidad de datos que puedan diluir la atención del adherente.
- Su redacción no reviste complejidad u oscuridad, sino todo lo contrario.
- La cláusula suelo se encuentra redactada y ubicada en la forma que imponía el anexo ii de la OM de 5 de mayo de 1994, a la sazón vigente, y cumpliendo además las exigencias del artículo 6 de la expresada orden.

4. “Irretroactividad” (efectos ex nunc) de una eventual declaración de nulidad de las cláusulas suelo.

BANKIA

1. Las cláusulas suelo pactadas analizadas de forma aislada en el contrato superan el doble control de transparencia, pues en todos los casos están redactadas de manera clara y sencilla, y permiten conocer las consecuencias jurídicas y económicas de su inclusión.

- El tipo de interés mínimo se encuentra incluido siempre junto a las cláusulas que fijan el tipo de interés variable del préstamo o crédito, con el mismo tipo y tamaño de letra. No se encuentra incluido en una maraña ininteligible de cláusulas.
- La inclusión de un tipo mínimo y un máximo que obedece a distintas razones que lo justifican.
- En cuanto a las simulaciones de escenarios que se reclama resulta difícil de entender que se necesiten simulaciones de escenarios de tipos, para entender cómo operan los tipos mínimos y máximos pactados.
- Respecto a la información previa y clara sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad. Se trata de información previa, precontractual que no sería lógico que se incorporase en el contrato y cuya existencia o no se encuentra fuera del perímetro de este procedimiento.

2. Las cláusulas suelo no son abusivas.

3. La doctrina de los actos propios, ausencia de buena fe.

LIBERBANK y BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A.

1. ~~Abuso del derecho y fraude de ley~~ en el ejercicio de la acción de cesación, pues con la demanda ADICAE trata de sustituir al legislador que, en el año 2009 no quiso legislar para suprimir la cláusula suelo. ADICAE incurre en un claro abuso de derecho al acumular la acción de cesación frente a la practica totalidad de las entidades financieras que había en España en el año 2010.

2. El contrato de préstamo hipotecario ~~no es un contrato de adhesión~~ y las cláusulas suelo no son ~~condiciones generales de la contratación~~.

3. Las cláusulas suelo **no son abusivas**. Puesto que se refieren a un elemento principal del contrato, el examen de la abusividad debe limitarse al doble control de transparencia.

4. La **acción de cesación colectiva no se adecua a la "cláusula suelo"**. Este tipo de ilícito de los bancos, requeriría de una prueba de una actividad abusiva del empresario que hubiere perjudicado o pudiese perjudicar a todo un colectivo de afectados, prueba que es prácticamente imposible cuando se trate de una falta de transparencia por no mediar una previa información suficiente al consumidor. En este tipo de ilícitos la actividad de la prueba debería ser detallada, refiriéndose a la información y a la legalidad de concesión de cada hipoteca, porque el posible ilícito recae precisamente en el factor propio y diferencial del préstamo hipotecario de cada entidad cual es su propia génesis negocial, lo que impide generalizar los efectos.

La acción de cesación colectiva se basa en la normativa de consumidores y de condiciones generales de la contratación, y de entre los demandantes hay muchos profesionales no consumidores y personas jurídicas, ninguno de los cuales puede emplear esta acción (art. 8.2 LCGC).

En la acción de cesación (STS de 6 de noviembre de 2013), "el control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de la sentencia)." Siendo el consumidor medio una persona "normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz" (sentencia del TJCE "Gut Springenheide" de 16 de julio de 1998), no se entiende cómo el consumidor medio podría desconocer la consecuencia económica de aceptar un límite mínimo al tipo de interés. La demanda no precisa, ni prueba, que falte comprensión o entendimiento sobre qué sea y qué suponga -conceptual y económicamente- la cláusula suelo por el consumidor medio

La acción colectiva de cesación se dirige sólo contra las concretas cláusulas suelo transcritas en los hechos IX y XII de la demanda por cada entidad.

La demanda de ADICAE carece de prueba cierta de la nulidad de las cláusulas suelo de cada entidad codemandada, y se basa en unos mismos hechos (supuestamente notorios y no probados) para pedir la nulidad de las cláusulas suelo de todas las entidades bancarias y cajas, para las 101 entidades codemandadas.

La acción de cesación no puede fundarse tampoco en el perjuicio económico -real o posible- que supone la cláusula suelo para el consumidor medio,

Para acreditar el carácter abusivo o no de cualquier condición general de contratación, que sustente la acción de cesación colectiva que sustente la acción de cesación colectiva no rigen (i) ni la norma de invertir la carga de la prueba, (ii) ni la de dar a la cláusula una interpretación favorable en beneficio del consumidor, sino que aplica el régimen regular de la carga de la prueba del Art 217.1 LEC y el criterio objetivo de la interpretación de las cláusulas suelo, sin favorecer al consumidor.

La única alegación de fondo, de ADICAE para que se estime la acción de cesación colectiva, se basa en que los servicios de investigación de algunos bancos habían publicado en 2007 que los tipos de interés iban a bajar a medio plazo y que, por ello, los bancos engañaron a los clientes consumidores que o no lo sabían o pensaban lo contrario, incluyendo suelos en las hipotecas.

5. **Prescripción de la acción de restitución de cantidades.** Sin perjuicio de la improcedencia de la reclamación realizada en esta demanda y de la eventual falta de retroactividad de efectos, LIBERBANK alega de forma subsidiaria, como ultima ratio, que ha prescrito la reclamación de cualesquiera cantidades anteriores a los 5 años de reclamarse a mis representados (1966.3 CC).

CAJA RURAL DE BURGOS, FUENTE PELAYO, SEGOVIA y CASTELLDANS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO

1. La cláusula suelo no es una condición general de la contratación

2. La ubicación de la cláusula en el contrato y su redacción no son algo caprichoso de la Entidad, sino que la propia Orden de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, a las que de contrario aluden, en su artículo 6.1 establece que “las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos hipotecarios sometidos a la presente Orden contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el anexo II de la presente Orden”.

3. En cuanto al control de transparencia efectuado en la sentencia de 9 de mayo de 2013, opone que las circunstancias de la sentencia del Tribunal Supremo constituyen requisitos fijados *ex novo* por el Alto Tribunal, en una interpretación de la transparencia que sobrepasa la normativa vigente en ese momento y, por tanto, no eran requisitos de obligado cumplimiento para las entidades financieras en la fecha de la celebración del contrato. Es más, los parámetros relativos a la ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés y la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo de otros productos de la misma entidad aludidos por el Alto Tribunal fueron recomendaciones que el Banco de España sometió al legislador en su informe al Senado de 7 de mayo de 2010 anteriormente citado, para su incorporación a la normativa futura, que nunca fueron incorporadas a nuestro derecho positivo cuando hubo oportunidad para hacerlo a través de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que derogó la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

CAJA RURAL DE GALICIA, CAJA RURAL DE SORIA, CAJA SIETE, CAJA RURAL DE ALMENDRALEJO, CAJA RURAL DE CASTILLA LA MANCHA, CAJA RURAL DE NAVARRA y CAJA RURAL DE TERUEL

1. Las cláusulas suelo son lícitas según nuestra jurisprudencia, la normativa bancaria aplicable, la doctrina y el Banco de España.

2. Las cláusulas suelo no son condiciones generales de la contratación. Además, los pactos en cuestión se refieren a términos esenciales del contrato, lo que impide de plano el control de abusividad del artículo 82 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

3. No son cláusulas abusivas porque no existe un desequilibrio económico.

4. Los contratos de préstamo hipotecario superan el control de inclusión, puesto que las entidades bancarias han cumplido estrictamente la normativa sectorial.

5. Los contratos de préstamo hipotecario superan también el control de “comprensibilidad”, control que debe efectuarse caso por caso, teniendo en cuenta la actuación notarial, las condiciones personales de cada cliente y, en su caso, la negociación.

CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT

1. Cumplimiento de los requisitos de transparencia de las cláusulas suelo objeto de la litis y la imposibilidad de someterla a control de abusividad.

2. Falta de concurrencia del requisito legal de imposición para que la cláusula suelo pueda ser calificada como condición general de la contratación, y en todo caso como abusiva (arts. 1 LCGC y 82.1 TRLGDCU).

3. Falta de concurrencia de los requisitos legales para calificar la cláusula suelo como abusiva, pues la cláusula suelo: a) no es impuesta; b) es contraria a la buena fe; c) no crea desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del consumidor.

4. Irretroactividad de una eventual declaración de nulidad.

5. Inexistencia de concesión de préstamo a los demandantes por partes de CAIXA ONTINYENT en los supuestos de subrogación en préstamos hipotecarios de promotores e inaplicabilidad de la orden ministerial de 5 de mayo de 1994.

CELERIS SERVICIOS FINANCIEROS S.A.

1. Opone, en síntesis, que las acciones ejercitadas frente a las entidades demandadas tienen que ser analizadas individualmente, atendiendo a las condiciones pactadas por cada entidad con sus clientes.

2. Asimismo, en el acto de la Audiencia Previa alega que ha transmitido la totalidad de su cartera de préstamos hipotecarios.

CAJA RURAL DE GUISSONA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO

1. Niega los hechos de la demanda. En particular, en lo que respecta a la transparencia, niega que haya existido “ocultación” por parte de las entidades en la contratación del producto, ya que de la documentación aportada de contrario no se desprende en modo alguno que en el momento de la contratación del producto, los departamentos de estudios de aquellas entidades manejaran previsiones ciertas de bajadas del Euribor de carácter significativo e inminente; así como tampoco es cierto que la implantación de cláusulas “techo” por parte de las entidades financieras obedezca al único fin de “hacer parecer” que no existe un desequilibrio real para el usuario/cliente, quebrantando el principio de reciprocidad.

2. Opone la legalidad de la cláusula suelo.

BANCA PUEYO y BANCO ETCHEVERRÍA S.A.

1. Niegan los hechos de la demanda. En concreto, sostienen que no incorporan en sus contratos de préstamo a interés variable –de forma general, sistemática y homogénea– cláusulas de acotación a

la variación del tipo de interés aplicable. Asimismo, alegan que la inserción de las acotaciones a la variación del tipo de interés aplicable en los contratos de préstamo responde a una doble racionalidad, económica y sistémica, que ha de ser protegida por el ordenamiento y tutelada por los jueces.

2. Las cláusulas suelo no son condiciones generales de la contratación porque no concurren en ella los requisitos del art. 1 LCGC. No es una cláusula predispuesta, impuesta y no está destinada a incorporarse a una pluralidad de contratos.

3. No pueden ser sometidas a control de abusividad por formar parte del precio.

4. La cláusula de acotación tampoco comporta una ruptura del equilibrio negocial ni una falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes. El equilibrio de derechos y obligaciones del artículo 82.1 TRLCU es de naturaleza jurídica y no económica. Se trata de un equilibrio de naturaleza obligacional y causal, como corresponde a una disposición que, ante la falta de negociación o aceptación querida y consciente, tiene por finalidad corregir las desviaciones entre lo pactado y lo que es conforme con la propia naturaleza y finalidad típica del contrato de préstamo.

BANCO CAMINOS

1. Con carácter previo a la formalización de los contratos, todos y cada uno de los interesados tuvieron con BANCO CAMINOS conversaciones y negociaciones preparatorias a lo largo de las cuales los mismos trataron, discutieron y negociaron sobre los términos y condiciones de las operaciones proyectadas y en el curso de las que todos tuvieron ocasión de conocer y conocieron el contenido, alcance y sentido, tanto jurídico como económico, de los pactos del contrato en ciernes y en particular y muy especialmente las relativas a los elementos básicos y esenciales de la operación, entre ellos, y con carácter principal, el interés que había de aplicarse al préstamo y el procedimiento o modo de determinación del mismo durante el plazo convenido para su amortización.

2. En todo momento se observaron las normas rectoras de la actividad bancaria aplicables y, en particular, la OM de 5 de mayo de 1994.

3. Las cláusulas suelo no son condiciones generales de la contratación, porque no son impuestas a los prestatarios, sino que son fruto de la negociación y aceptadas y consentidas por los mismos.

4. No son cláusulas abusivas porque: a) fueron objeto de negociación; b) la entidad bancaria no atentó contra las exigencias de la buena fe, puesto que la cláusula fue libremente consentida por los adherentes y c) no se produce un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

TERCERO.- LEGITIMACIÓN ACTIVA DE ADICAE.

3.1. Con carácter previo, habida cuenta que por CAIXABANK se ha excepcionado la falta de legitimación activa de ADICAE, se ha de examinar la legitimación de la parte actora para el ejercicio de las acciones objeto del presente procedimiento.

En concreto, la citada entidad bancaria sostiene que carece de legitimación de conformidad con el art. 11 LEC puesto que no actúa en el presente procedimiento en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios. A pesar de que afirma ejercitar una acción colectiva, en realidad estamos ante una acumulación masiva de acciones individuales. El planteamiento de la demanda pone de

manifiesto la total ausencia de un interés supraindividual (que exige la concurrencia de un interés legítimo compartido por una categoría o conjunto de sujetos que se encuentran en igual posición jurídica con relación a un bien del que todos ellos disfrutan de forma simultánea y conjuntamente, de forma concurrente y no exclusiva, y respecto del cual experimentan una común necesidad) que es el que justificaría la legitimación de ADICAE, sino una inmensa acumulación de derechos e intereses individuales distintos entre sí por más que puedan tener alguna analogía o elemento en común.

3.2. La legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios aparece regulada en el art. 11 LEC, precepto que dispone que *las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.*

Asimismo, el art. 16 LCGC dispone que las acciones colectivas previstas en el art. 12 LCGC podrán ser ejercitadas, entre otras entidades, por (...) *las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.*

Del juego de ambos preceptos se deduce que las asociaciones de consumidores legalmente constituidas ostentan legitimación activa para el ejercicio de las acciones colectivas del art. 12 LCGC en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

3.3. Sentado lo anterior y, dado que ADICAE (entidad que cumple los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al tratarse de una asociación de consumidores y usuarios legalmente constituida –hecho no controvertido–) ejercita en su escrito de demanda dos acciones colectivas del art. 12 LCGC (la acción colectiva inhibitoria, la indemnizatoria accesoria a la misma y la acción declarativa) en defensa de los consumidores afectados por la inclusión de las cláusulas de limitación a la variabilidad de los tipos de interés en sus contratos de préstamo hipotecario, no se aprecia que concurra la falta de legitimación activa invocada por CAIXABANK.

En contra de lo que sostiene la entidad bancaria, en el presente procedimiento concurre el interés supraindividual característico de las acciones colectivas, puesto que ADICAE no fundamenta sus pretensiones en los derechos subjetivos de determinados adherentes, sino en un interés colectivo o difuso en la supresión de las cláusulas suelo. En otras palabras, ADICAE no denuncia la abusividad de las cláusulas suelo incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con determinados adherentes; sino que actúa en defensa de intereses cuya titularidad no se puede asignar a personas concretas y determinadas y, por este motivo, supraindividuales.

Es por ello que ADICAE se encuentra plenamente legitimada para el ejercicio de las acciones objeto del presente procedimiento.

CUARTO.- LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS ADHERENTES.

4.1. Asimismo, BANCO SABADELL niega la legitimación *ad causam* de los adherentes que intervienen en el presente procedimiento. Sostiene que las personas físicas que suscribieron la demanda junto con ADICAE (y las sucesivas ampliaciones de la misma) adolecen de una clara falta

de legitimación activa puesto que, si bien es cierto que pueden intervenir en el procedimiento en virtud de lo establecido en el art. 13 LCGC, no pueden interponer la demanda en sí, habida cuenta que sólo el Ministerio Fiscal y las asociaciones de consumidores y usuarios están legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas. Asimismo, los consumidores que han comparecido en el procedimiento tras el llamamiento efectuado por el Juzgado, carecen de legitimación activa para ello, puesto que, al ejercitarse una acción colectiva de cesación, dicho llamamiento no debería haberse efectuado.

4.2. El examen de la **intervención de los adherentes** en los procesos iniciados por las asociaciones de consumidores y usuarios ha de partir de los artículos 13 y 15 LEC, normas que, en síntesis, pretenden facilitar su participación en este tipo de procesos.

4.2.1. Con esta finalidad, el apartado primero del artículo 15 LEC regula, con carácter general, el llamamiento que debe realizarse a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios que dio origen al proceso, cuando el mismo se haya iniciado por una asociación de consumidores y usuarios (o por las entidades legalmente constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios o grupos de afectados). El llamamiento se llevará a cabo publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

Los apartados segundo y tercero del artículo 15 LEC concretan la forma de realizar el llamamiento en función de la determinabilidad (intereses colectivos) o indeterminabilidad (intereses difusos) de los perjudicados por el hecho dañoso.

En este punto y puesto que el presente procedimiento tiene por objeto el ejercicio de una acción de cesación, ha de realizarse una precisión. Hasta la promulgación de la Ley 39/2002 (de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios), el llamamiento a los adherentes afectados debía realizarse en el supuesto de que se ejercitara una acción de cesación. Con la finalidad de dotar de rapidez a este tipo de procesos, la Ley 39/2002 modificó el art. 15 LEC, añadiendo un apartado cuarto con el siguiente tenor literal: *quedan exceptuados de lo dispuesto en los apartados anteriores los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.*

Esta excepción del llamamiento prevista en el artículo 15.4 LEC no supone, sin embargo, la imposibilidad de que los consumidores y usuarios afectados puedan intervenir en este tipo de procedimientos. Los adherentes afectados pueden intervenir en los procesos en los que se ejercite una acción de cesación, puesto que así lo autoriza el art. 13 LEC, precepto que regula la intervención de los consumidores en los procesos iniciados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de los mismos a pesar la mencionada exclusión del llamamiento, sin excluir de forma expresa la intervención de los adherentes en los procesos en los que se ejercite una acción de cesación.

4.2.2. Fijado así el ámbito del llamamiento, se ha de examinar la intervención de los adherentes afectados en este tipo de procedimientos.

En este sentido, el art.15.2 LEC dispone que, tras el llamamiento, el consumidor podrá intervenir en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluído, en el supuesto en que los consumidores y usuarios estén determinados o sean fácilmente determinables. Si los consumidores o usuarios constituyen una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, el art. 15 LEC establece un plazo máximo de dos meses en el que los consumidores y usuarios afectados pueden intervenir, pero no regula cómo debe articularse dicha intervención ni el papel que ha de tener el consumidor o usuario en el procedimiento. Es por ello que debe entenderse de aplicación el artículo 13 LEC, precepto que, como decíamos, regula la intervención de sujetos no originariamente demandantes ni demandados, y en el que expresamente se hace referencia a la intervención de consumidores y usuarios en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos.

En consecuencia, admitida la intervención de un consumidor o usuario tras el llamamiento, el mismo será considerado como parte –interviniente- en el proceso y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio consumidor o usuario interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello.

Delimitada de esta forma la intervención de los adherentes en los procesos promovidos por las asociaciones de consumidores y usuarios, pasamos a examinar la legitimación activa de los adherentes en el presente procedimiento.

4.3. En lo que respecta a la **legitimación activa de los adherentes que presentaron la demanda (y las sucesivas ampliaciones) junto ADICAE**, se ha de recordar que art. 13.1 LEC establece que *cualquier consumidor o usuario puede intervenir en los procesos instados por las entidades reconocidas para la defensa de sus intereses*.

Partiendo del mencionado precepto legal, como ya indicamos en el auto de 21 de mayo de 2015, los consumidores que interpusieron la demanda junto con ADICAE han de ser considerados partes legítimas -como intervinientes- en el proceso instado por la asociación de consumidores. La norma no establece límite alguno a dicha intervención, por lo que, en contra de lo que sostiene SABADELL, no se aprecia la existencia de obstáculo legal alguno para admitir dicha intervención en cualquier fase del procedimiento y, por lo tanto, también en el escrito iniciador del mismo.

Es por ello que, en el presente procedimiento, los adherentes que suscribieron la demanda –y las ampliaciones- han de ser considerados parte en el procedimiento y se encuentran legitimados para defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte, ADICAE.

Puesto que en la demanda se ejercitan acciones colectivas y la legitimación para el ejercicio de este tipo de acciones sólo se atribuye a las asociaciones de consumidores, podríamos cuestionarnos si los adherentes que suscribieron la demanda estarían legitimados para formular sus propias pretensiones, pero lo cierto es que, en el presente caso, del escrito de demanda se desprende

claramente lo contrario. Así resulta de los hechos y de los fundamentos jurídicos del escrito de demanda, en los que no se realizan alegaciones acerca de cada uno de los intervinientes. A esta conclusión nos lleva también el propio suplico del escrito de demanda, en el que los adherentes tampoco efectúan una petición individualizada de declaración de nulidad su cláusula suelo, sino generalizada de las cláusulas suelo abusivas empleadas por las entidades bancarias demandadas.

4.4. En cuanto a la **legitimación activa de los adherentes que comparecieron en el procedimiento tras los llamamientos efectuados por el Juzgado**, tampoco se aprecia la falta de legitimación activa alegada por la entidad bancaria.

En contra de lo que sostiene la parte demandada, la realización del llamamiento aparece justificada en el presente caso, porque junto con la acción de cesación, la demanda anunciaba el ejercicio de la acción de restitución de cantidades, la acción declarativa y la acción de retractación, acciones en las que ha de realizarse el llamamiento por imperativo legal.

En cualquier caso, aunque el llamamiento se hubiera realizado contraviniendo la normativa procesal en la materia, los adherentes que han comparecido en el procedimiento tras el mismo, estarían igualmente legitimados para intervenir en el mismo en virtud del art. 13.1 LEC.

En contra de lo que sostiene SABADELL, el artículo 15 LEC no regula una intervención específica de los adherentes que hayan comparecido en el procedimiento tras el llamamiento. Si bien es cierto que el apartado primero del art. 15 LEC hace referencia a que la finalidad del llamamiento es que el consumidor haga valer su derecho o interés individual, el precepto no legitima la intervención del consumidor en el procedimiento defendiendo una pretensión autónoma, distinta de la de la asociación de consumidores. Esto es así porque la intervención del adherente en el proceso promovido por la asociación de consumidores (se produzca esta intervención ex art. 13 LEC o ex llamamiento del art. 15 LEC) tiene la naturaleza de una intervención adhesiva simple, al no estar los consumidores legitimados para la interponer la demanda colectiva (legitimación que sólo ostentan las asociaciones de consumidores y usuarios) pero tener un interés en el resultado del pleito (habida cuenta que la sentencia que se dicte produce efectos de cosa juzgada respecto a todos los consumidores, incluso aquellos que no hubieran participado personalmente en el procedimiento - 222.3LEC-). Estos sujetos no tienen una posición autónoma en el procedimiento, sino que comparecen para reforzar la posición del demandante, defendiendo con ello al mismo tiempo su propio interés.

Es por ello que, insistimos, los adherentes que han comparecido en el presente procedimiento tras el llamamiento han de ser considerados intervinientes adhesivos simples (meros coadyuvantes del sujeto legitimado para el ejercicio de la acción, a saber, ADICAE), papel que se les ha reconocido en el presente procedimiento.

QUINTO.- TRANSMISIÓN DE LA CARTERA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS DE CELERIS SERVICIOS FINANCIEROS, S.A. A UN TERCERO.

Como señalábamos en el anterior fundamento jurídico, en el acto de la audiencia previa, CELERIS SERVICIOS FINANCIEROS, S.A. alega, como hecho nuevo, que ha transmitido a un tercero la totalidad de su cartera de préstamos hipotecarios.

Ello no obstante, CELERIS se limita a realizar, sin más, dicha alegación, sin concretar con qué finalidad, ni deducir petición alguna al respecto. Tampoco ha realizado actividad alguna dirigida a acreditar la transmisión de su cartera de préstamos hipotecarios, ni identificado al adquirente. Es por ello que la transmisión de dicha cartera, de haberse producido, carece de trascendencia y no puede tener consecuencia alguna en el presente procedimiento, sin perjuicio de las cuestiones que se susciten -o se puedan suscitar- en el ámbito de las relaciones jurídico privadas existentes entre CELERIS y el eventual tercer adquirente de su cartera de préstamos hipotecarios.

SEXTO.- CONSIDERACIÓN DE LAS CLÁUSULAS LITIGIOSAS COMO CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

6.1. Como señalábamos en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución, algunas de las entidades bancarias demandadas cuestionan que las cláusulas objeto del presente procedimiento puedan ser consideradas condiciones generales de la contratación, por no concurrir en ellas los requisitos exigidos por el art. 1 LCGC.

En concreto, alegan que:

- a) No son cláusulas prerredactadas. El hecho de que las cláusulas objeto del presente procedimiento contengan distintos tipos variables (aunque el tipo de referencia pueda ser el mismo, el diferencial es distinto); así como suelos y, en su caso, techos diferentes, da buena cuenta de la negociación previa a la contratación que tuvo lugar entre los usuarios y las entidades bancarias. A lo anterior habría que añadir que se trata de cláusulas con distinta redacción y ubicación en cada uno de los contratos alegados.
- b) No son cláusulas impuestas, pues los usuarios podían decidir entre cerrar la operación a tipo fijo o a tipo variable sin acotaciones, por lo que podían incidir en la supresión de la cláusula suelo. También podían incidir en su contenido pues, como admite la propia demandante en el hecho IX de la demanda y sucesivas ampliaciones, en cada una de las entidades se constata la utilización de suelos y techos distintos.
- c) Por los mismos motivos, no son cláusulas destinadas a ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

6.2. Concepto y requisitos de las condiciones generales.

De conformidad con el art. 1 de la LCGC se entiende por condiciones generales de contratación (...) *las cláusulas predisuestas redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, 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.*

Esta definición de condición general tiene como finalidad delimitar el ámbito de aplicación objetivo de la LCGC, es decir, establecer a qué cláusulas contractuales se aplicará el régimen jurídico especial contenido en la misma.

Del precepto se desprende que la condición general de la contratación se caracteriza por las siguientes notas fundamentales: a) la predisposición o prerredacción de la cláusula con anterioridad a la fase de negociación y celebración del contrato con la finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos y; b) imposición, pues la incorporación de las condiciones generales al contrato se produce por iniciativa exclusiva del predisponente frente a la que el adherente sólo puede optar por tomarlas o dejarlas, es decir, por contratar sometiéndose a las condiciones generales preestablecidas o renunciar al contrato.

6.3. Predisposición de las cláusulas suelo objeto del presente procedimiento.

Como señalábamos, por predisposición debe entenderse redacción de la cláusula previa a la fase de negociación y celebración del contrato, de forma que, cuando las partes negocian el contrato de préstamo hipotecario en el que se insertan las cláusulas suelo, su contenido está “preparado”. Este requisito es consecuencia del hecho de que este tipo de cláusulas se redactan para ser utilizadas en una pluralidad de contratos que se celebren por la misma entidad bancaria, lo que exige que las tenga “preparadas” antes de ofrecérselas a sus futuros clientes. Por ello, no cumplirán con el requisito de la prerredacción las cláusulas redactadas “ad hoc” para ser incorporadas a un único contrato.

Partiendo de las anteriores consideraciones, sólo cabe concluir que las cláusulas limitativas de los tipos de interés empleadas por las entidades demandadas eran cláusulas prerredactadas, pues de los contratos de préstamo hipotecario aportados con la demanda se desprende que cada una de las entidades bancarias empleaba una misma redacción para plasmar la cláusula de limitación de los tipos de interés, redacción que reiteraba en una pluralidad de contratos de préstamo hipotecario. El hecho de que las cláusulas litigiosas reflejaran tipos variables distintos y también suelos y, en su caso, techos diferentes, en nada afecta a la prerredacción, pues lo relevante a estos efectos, es la forma lingüística externa empleada para plasmar la limitación de los tipos de interés, forma lingüística que reproducían todas las entidades para todos sus clientes con independencia del suelo o el techo.

6.4. Imposición de las cláusulas objeto del presente procedimiento.

La LCGC no define lo que ha de entenderse por imposición, si bien la doctrina (Alfaro y Pagador, entre otros) y la jurisprudencia (sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, FJ octavo) entienden que las condiciones son impuestas cuando su incorporación al contrato tiene lugar por iniciativa exclusiva del predisponente, frente a la que el adherente solo puede optar por tomarlas o dejarlas, es decir, por contratar sometiéndose a las condiciones generales o renunciar al contrato y no tras un proceso de negociación entre las partes.

Como señala Alfaro, las cláusulas prerredactadas son, con carácter general, impuestas, pues cuando un empresario las utiliza, crea la apariencia de que sólo está dispuesto a contratar sobre la

base de las mismas, y, en consecuencia, puede inducir al cliente a pensar que el empresario no está dispuesto a negociarlas. Este indicio de imposición concurre en el caso de las cláusulas suelo, pues, como señalábamos anteriormente, son cláusulas prerredactadas por la entidad bancaria.

Acreditada la prerredacción por el adherente, corresponde al predisponente acreditar la negociación individual, acreditación que no se ha realizado en el presente caso. Es más, la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 señala que la prerredacción permite tener por acreditada la ausencia de negociación, puesto que sería inútil predisponer las cláusulas para después poder negociarlas de forma individualizada.

En contra de lo que sostiene la parte demandada, el hecho de que el adherente pudiera elegir entre un préstamo a tipo fijo variable puro y variable no implica negociación, pues la facultad de optar entre varias opciones predispuestas no implica la existencia de acuerdo de voluntades. Por el mismo motivo, tampoco cabe deducir la negociación de la utilización de diferentes suelos y techos por parte de las entidades bancarias. En este sentido, el FJ 7º de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 señala que (...) *no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.*

A ello se une que, según el Informe del Banco de España de 7 de mayo de 2010, sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, la aplicación de este tipo de cláusulas obedece a decisiones individuales de cada entidad (...) *la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones.* Por otra parte, también se trata de una práctica que *suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez.* Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente. En definitiva, según el Informe del Banco de España, las cláusulas suelo no son cláusulas negociadas, sino impuestas por la entidad bancaria.

Es por ello que, en contra de lo que sostienen algunas de las entidades bancarias demandadas, no se considera acreditado que las cláusulas suelo fueran objeto de negociación individual, lo que, en definitiva, nos lleva a concluir que son cláusulas impuestas.

6.5. Puesto que se ha constatado que las cláusulas litigiosas son condiciones generales, se ha de examinar si, como sostiene la parte demandante, las mismas no satisfacen los requisitos de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC) o si son nulas (art. 8 LCGC), sometiéndolas al doble control de inclusión y de contenido previsto en la Directiva 93/13 y en la LCGC.

SÉPTIMO.- APLICACIÓN DEL DERECHO DE LAS CONDICIONES GENERALES A LAS CLAUSULAS QUE REGULAN LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO.

7.1. A la vista de las alegaciones efectuadas por CAJA RURAL DE GALICIA y otras entidades bancarias demandadas, se ha de examinar si, al afectar a uno de los elementos esenciales del contrato como es el precio, la cláusula suelo es susceptible de ser sometida al control de abusividad.

7.2. A estos efectos, se ha de analizar con carácter previo si, como sostienen las entidades demandadas, **las cláusulas suelo constituyen un elemento esencial** del contrato de préstamo hipotecario.

Si bien la Directiva no define qué ha de entenderse por cláusulas que definan el objeto principal del contrato, la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai) ha precisado que forman parte del mismo las cláusulas que regulan prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan, en contraposición a las cláusulas accesorias que no definen la esencia misma de la relación contractual.

Si se examina el contrato de préstamo hipotecario desde la perspectiva del prestatario se observa que corren a su cargo dos obligaciones o prestaciones esenciales: la restitución del capital prestado y el pago de los intereses pactados, intereses que constituyen el precio del dinero que se presta. Puesto que las cláusulas suelo acotan o limitan los intereses que ha de abonar el prestatario, sólo cabe concluir que forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario por su préstamo hipotecario y, en consecuencia, que las cláusulas suelo definen el objeto principal del contrato (en este sentido, la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 parr. 189).

7.3. Sentado lo anterior, se plantea la duda de si este tipo de cláusulas **son susceptibles de ser sometidas a control de contenido, o de abusividad.**

A estos efectos, se ha de partir del art. 4.2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, precepto que proclama que *la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas 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 han de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.* Del tenor literal del art. 4.2 se desprende que este tipo de cláusulas se excluyen del control de abusividad, si bien no con carácter absoluto, pues la exclusión se encuentra condicionada a una obligación de transparencia; en concreto, a su redacción clara y comprensible.

El mencionado precepto de la Directiva no se incorporó a la entonces Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ello no obstante, la doctrina (Alfaro Águila-Real, Pertíñez Vílchez, entre otros) y la jurisprudencia (sentencias del TS de 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013, entre otras) se han opuesto a la posibilidad de efectuar un control del contenido de los elementos esenciales del contrato sobre la base de una interpretación de la normativa española conforme a la Directiva. Sostener lo contrario equivaldría otorgar al juez la potestad de controlar el precio, contraviniendo de esta forma el principio constitucional de libertad de empresa que proscribiera que el derecho suplante a

la competencia en la fijación del precio de los bienes y servicios. Como señala Pertíñez Vílchez -con cita de la doctrina alemana- hay tres razones básicas que inspiran el art. 4.2 de la Directiva y justifican que el juez no deba controlar el equilibrio entre el precio y la contraprestación: a) el control del equilibrio del precio supone una violación del principio de autonomía de la voluntad, pilar básico de la economía de mercado; b) la ausencia de un parámetro normativo conforme al cual valorar si el precio es justo, ya que la equivalencia entre el precio y la contraprestación viene determinada por el mercado y no por el derecho y; c) la innecesariedad de un control de precios, puesto que la competencia es garantía del equilibrio económico.

7.4. Ahora bien, el hecho de que el juez no deba controlar el equilibrio de las contraprestaciones no veda el control de contenido de forma absoluta. Como decíamos, la Directiva sujeta a un límite la exclusión del control de contenido para las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato: opera únicamente si las cláusulas han sido redactadas de manera clara y comprensible. Es por ello que doctrina (Alfaro Águila-Real, Pertíñez Vílchez, entre otros) y jurisprudencia (sentencias de 9 de mayo de 2013, 24 y 25 de marzo de 2015 y 22 de diciembre de 2015) admiten que las condiciones generales reguladoras de los elementos esenciales del contrato pueden ser declaradas abusivas si incurrían en un defecto de transparencia.

7.5. Es por ello que, a pesar de que las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés son un elemento esencial del contrato, son susceptibles de ser sometidas a un control de transparencia, control que tal y como se ha configurado en la jurisprudencia del TS (sentencias de 9 de mayo de 2013, 24 y 25 de marzo de 2015, 22 de diciembre de 2015) supone la superación de un doble filtro:

a) un primer control de incorporación dirigido a garantizar que el adherente ha conocido -o al menos ha podido conocer- que el contrato contiene una cláusula de limitación a la variabilidad de los tipos de interés; control que atiende a la transparencia documental y gramatical de la cláusula.

b) un segundo control de transparencia reforzado, dirigido a garantizar que, al tiempo de celebrarse el contrato, el cliente conocía las consecuencias económicas que conlleva la inclusión de dicha cláusula en el contrato y que el mismo se encontraba en condiciones de comparar y elegir entre distintas alternativas de préstamo hipotecario que incluyeran -o no- la cláusula en cuestión. En este sentido, la sentencia de 23 de diciembre de 2015 (...) *la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que, más allá de la mera exigencia de claridad en la redacción de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.*

OCTAVO.- PRIMER CONTROL DE TRANSPARENCIA: EL CONTROL DE INCORPORACIÓN.

8.1. El examen de la validez de las condiciones generales ha de comenzar, pues con el control de

incorporación o inclusión de las cláusulas.

Según la jurisprudencia del TS el control de incorporación **persigue** controlar la correcta formación de la voluntad contractual por el adherente para garantizar que el mismo ha conocido o podido conocer suficientemente que el contrato está regulado por condiciones generales y cuáles son éstas. Como su propia denominación indica, el control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si ésta ha quedado válidamente incorporada al contrato.

Con carácter general, **la superación del control de incorporación exige:**

En primer lugar, que el consumidor haya tenido oportunidad real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración del contrato, entendiéndose que el consumidor tiene oportunidad de conocer cuando, con arreglo al artículo 5 LCGC, se avisa expresamente al adherente y se le facilita un ejemplar de las mismas. En este punto se ha de precisar que la exigencia de oportunidad real de conocer, de cara a considerar la cláusula incorporada al contrato, se entiende debidamente cumplimentada si el consumidor ha estado en condiciones de conocer las condiciones generales, de forma que resulta irrelevante si posteriormente ha conocido -o no-.

En segundo lugar, es necesario que las condiciones generales sean comprensibles, es decir, que su redacción se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Adicionalmente, en lo que respecta al control de incorporación de las cláusulas objeto de impugnación en el presente procedimiento, se ha de tener en cuenta que, con la finalidad de asegurar la máxima transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios, contamos en nuestro derecho con una normativa específica: la Orden Ministerial de 5 mayo 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Según su Exposición de Motivos, la norma tiene como objetivo primordial garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, así como facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. Con esta finalidad, la OM establece que la entidad de crédito está obligada a entregar al prestatario una oferta vinculante, que de acuerdo con el artículo 5 se formulará por escrito, y especificará las condiciones financieras del préstamo hipotecario (entre ellas el tipo de interés variable y, en su caso, las limitaciones del tipo de interés). Asimismo, se establece que al aceptar la oferta el prestatario tiene derecho a examinar el proyecto de documento contractual en el despacho del notario autorizante. Por último, el préstamo hipotecario se ha de formalizar en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable.

Según la jurisprudencia del TS (sentencia de 9 de mayo de 2013) el cumplimiento de los requisitos establecidos en la citada OM garantiza la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas suelo a los contratos de préstamo hipotecario.

3.2. Si bien de forma un tanto confusa, ADICAE sostiene en la demanda que las cláusulas litigiosas no superan el control de incorporación de la LCGC por tratarse de condiciones generales ambiguas y oscuras, en las que la limitación al índice se ha introducido de forma oculta para el

usuario. Asimismo, alega que las entidades bancarias no han proporcionado a los adherentes el necesario soporte informativo, hasta el extremo de que, en la mayor parte de los casos, ninguna referencia se hacía a la cláusula de limitación a la variabilidad de los tipos de interés en las ofertas vinculantes.

3.3. Ello no obstante, en contra de lo que sostiene la parte demandante, del conjunto de la prueba practicada en el presente procedimiento se considera acreditado que las cláusulas impugnadas en el presente procedimiento superan el control de incorporación o inclusión en el contrato.

En este sentido, se ha de señalar que no resulta controvertido (y así resulta, por otro lado, de las propias escrituras de préstamo hipotecario aportadas por la parte actora junto con el escrito de demanda y las sucesivas ampliaciones) que, si bien con un mayor o menor resalte tipográfico (mayúsculas, negrita, subrayados) todas las entidades demandadas hicieron constar expresamente la cláusula de limitación a la variabilidad de los tipos de interés en los contratos de préstamo hipotecario.

Asimismo, es un hecho público y notorio que, en aquellos casos en que así lo exigía la CM y en cumplimiento de la misma, las entidades bancarias entregaron a los adherentes un ejemplar de la oferta vinculante en la que, entre otros extremos, se hacía referencia a la cláusula suelo. Si bien ADICAE sostiene en el escrito de demanda que en la mayor parte de los casos ninguna referencia se hacía a la cláusula suelo en la oferta vinculante, se trata de una mera alegación carente de soporte probatorio alguno.

Es también público y notorio que los Notarios autorizantes de las escrituras de préstamo hipotecario advertían a los adherentes de la inclusión de la cláusula en el momento de la firma y mediante la lectura de la escritura pública del contrato de préstamo hipotecario.

Por todo ello, se considera acreditado que las entidades bancarias demandadas advirtieron expresamente a los adherentes de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario y, en consecuencia, que **la totalidad de los consumidores de este producto bancario estaban en condiciones de conocer que su contrato de préstamo hipotecario a interés variable contenía una limitación a dicha variabilidad de los tipos de interés.**

En lo que respecta a la comprensibilidad de las cláusulas, de la relación tipo de cláusulas suelo transcrita en el punto 1.3. del primer fundamento jurídico (al que nos remitimos) se desprende que las entidades bancarias respetaron los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Si bien es cierto que, desde un punto vista gramatical, algunas entidades bancarias emplearon cláusulas más claras que otras, en todos los casos basta una mera lectura de la cláusula de limitación de los tipos de interés para comprender fácilmente su significado y las consecuencias de la aplicación de la cláusula, sin duda, ni ambigüedad alguna.

NOVENO.- LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA REFORZADO.

Constatada la válida incorporación de las cláusulas impugnadas a los contratos de préstamo

hipotecario, de conformidad con la jurisprudencia del TS se ha de examinar su validez bajo el prisma del control reforzado de transparencia.

9.1. Justificación y licitud de las cláusulas suelo.

Con carácter previo, y a la vista de las alegaciones vertidas por la parte actora en el escrito de demanda, se han de realizar una serie de precisiones en torno a la licitud de las cláusulas suelo. Sostiene la parte demandante que las cláusulas de limitación a la variabilidad de los tipos de interés son ilícitas en atención a su finalidad pues, con su implantación, los Bancos y las Cajas de Ahorro han pretendido subvertir el objeto y las condiciones esenciales de los contratos de préstamo hipotecario, minimizando el impacto que en las cifras de negocio y tesorería tiene la bajada de los tipos de interés.

Ello no obstante, la licitud de este tipo de cláusulas es admitida por la doctrina y la jurisprudencia (sentencia del TS de 9 de mayo de 2013). Es más, el legislador español ha admitido la legalidad intrínseca de las cláusulas de limitación de los tipos de interés variable. En efecto, la posibilidad de incluir acotaciones a la variación de los tipos de interés se recoge expresamente en la OM de 12 de diciembre de 1989 (derogada por la OM de 29 de octubre de 2011) dirigida a garantizar las obligaciones de transparencia y la difusión de la información relevante que el cliente debe ponderar antes de la contratación de préstamos hipotecarios que incluyan las mencionadas cláusulas.

A su vez, el Informe del Banco de España “sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios” publicado en el BOCG de 7 de mayo de 2010, las califica como cláusulas ventajosas tanto para la entidad bancaria como para el cliente. En este sentido, el informe señala que la causa básica del establecimiento de este tipo de cláusulas es mantener un rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones, costes que, según el mismo informe, estarían integrados por: a) el coste del dinero, que en el caso de nuestras entidades está constituido mayoritariamente por recursos minoristas y; b) los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos. Asimismo, el informe concluye que estas cláusulas son positivas desde el punto de vista del coste medio para los clientes bancarios del crédito hipotecario a lo largo de la vida del contrato, de la estabilidad del sistema financiero y de la accesibilidad a largo plazo de la población al mercado de la vivienda. Su eventual supresión podría conllevar o bien el descenso del volumen de crédito hipotecario disponible, o bien el aumento del coste del crédito y la reducción del plazo de las operaciones. Por todo ello concluye que estas cláusulas son admisibles como un elemento de estabilización de los costes (desde el punto de vista del cliente) y de los rendimientos (desde la perspectiva de la entidad) de los préstamos a largo plazo.

Es por ello que, en contra de lo que sostiene la parte actora, la utilización de las cláusulas suelo resulta justificada.

9.2. Abusividad de las cláusulas suelo.

9.2.1. Justifica la parte actora la abusividad de las cláusulas suelo en que se trata de cláusulas

que ocasionan un desequilibrio entre las partes contratantes. Alega que los pactos de limitación a la variabilidad de los tipos de interés sólo pueden considerarse lícitos si cubren recíprocamente a ambas partes por igual o en análoga medida o alcance. Por el contrario, ha de reputarse ilícito todo pacto que: a) solo cubra el interés del prestamista por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor (cláusula suelo, únicamente); b) cubra o pretenda cubrir tanto los intereses del prestamista como del prestatario, siempre que no guarde la prudencial o razonable relación de equivalencia o semejanza, legalmente exigible, entre la limitación al alza y a la baja, de la variación de los tipos de interés.

9.2.2. En torno a esta cuestión (como indicábamos en el fundamento jurídico séptimo de la presente resolución) se ha de señalar que las cláusulas de limitación del interés variable forman parte del precio del contrato de préstamo y, en consecuencia, el órgano judicial, no puede realizar el control de equilibrio, al no disponer de un parámetro jurídico para enjuiciar el carácter abusivo del precio. Como señala la doctrina (Alfaro, Pertíñez Vílchez) y la jurisprudencia (sentencias del TS de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de 2015, entre otras) el control de equilibrio económico del precio se ha de realizar por el mercado y la competencia, descartando aquellos que se consideren injustos y seleccionando aquellos que se consideren más atractivos. En definitiva, es el mercado el que ha de decidir si un contrato de préstamo a interés variable con una limitación a la variabilidad de los tipos de interés es –o no- abusivo.

Es por ello que, en contra de lo que sostiene ADICAE, no se puede considerar que las cláusulas suelo ocasionen un desequilibrio económico. En este sentido, la sentencia del TS de 29 de abril de 2015 (con cita de la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014) proclama que *no existiendo una previsión legal relativa al equilibrio o la proporción que deban guardar las cláusulas "suelo" y "techo", y que fije los criterios conforme a los cuales pudiera apreciarse tal desequilibrio, no puede declararse la nulidad por abusiva de la cláusula suelo por consideraciones relativas a tal desproporción o falta de equilibrio*. Asimismo, la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 señala que no es preciso que exista un equilibrio económico entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo. Es más, las cláusulas suelo son lícitas aunque no coexistan con cláusulas techo, puesto que forman parte del precio del contrato y corresponde a la iniciativa empresarial decidir el interés al que presta el dinero.

9.2.3. No es pues, el órgano judicial quien ha de velar por el equilibrio económico de las cláusulas de limitación a la variabilidad de los tipos de interés, sino el mercado. Ello no obstante, para que el mercado pueda realizar dicho control, es necesario que el consumidor tenga una plena capacidad de elegir entre las distintas ofertas existentes (a tipo variable con o sin cláusula de limitación o a tipo fijo). Para ello, a su vez, es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y el objeto del contrato de préstamo hipotecario antes de prestar su consentimiento. Es por ello que hay que garantizar el carácter transparente de la cláusulas suelo para el adherente, en el sentido de que el mismo pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que le supondrá la inclusión de la misma en su contrato. En otras palabras, se ha de evitar que las cláusulas de limitación a la variabilidad de los tipos de interés se oculten en las condiciones generales, con la finalidad de que el cliente pueda conocer con seguridad y rapidez el

precio y su relación con la prestación, al ser éstos los más importantes parámetros de la competencia en la economía de mercado.

En este sentido, la sentencia de 23 de diciembre de 2015 (...) la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que, más allá de la mera exigencia de claridad en la redacción de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

La falta de transparencia de las cláusulas de fijación de los precios y, en concreto, de las cláusulas de limitación a la variabilidad de los tipos de interés, ocasiona un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor porque priva al mismo 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 la entidad bancaria.

En esta línea, la sentencia del TS de 23 de diciembre de 2015 señala en su FJ 4º que (...) 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 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 entre el precio y la prestación, es decir, tal como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Por este motivo, aquellas cláusulas suelo que no sean transparentes podrán ser consideradas abusivas y nulas.

9.3. Valoración de la transparencia de las cláusulas suelo en la jurisprudencia del TS.

9.3.1 En el examen de la transparencia de las cláusulas suelo el TS parte de una premisa fundamental: las cláusulas de limitación a la variabilidad de los tipos de interés **contradicen las legítimas expectativas del consumidor**, puesto que se insertan en contratos que se ofertan como préstamos a interés variable y, sin embargo, de forma sorprendente para el consumidor, los convierten en préstamos a interés fijo mínimo, impidiendo al adherente beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (FJ 13 de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013).

La jurisprudencia del TS **identifica la falta de transparencia con la sorpresa** que supone para el adherente la inclusión de una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés en un préstamo a interés variable, sin que se le haya informado de ello en la fase de negociación contractual

y habiéndose dado a la misma un carácter secundario, a pesar de que, al tratarse de una cláusula que afecta de forma directa al precio, podría haber sido determinante a la hora de contratar.

La eliminación de ese efecto sorpresa no se logra incluyendo la cláusula suelo de forma clara y comprensible en el contrato de préstamo hipotecario. Tampoco con la entrega de la oferta vinculante y el cumplimiento de los demás requisitos previstos en la normativa administrativa sobre transparencia bancaria, puesto que la OM de 5 de mayo de 1994 establece unos deberes informativos extremadamente básicos que, en la práctica, se solventan con la entrega de la oferta vinculante y en la advertencia de la inclusión de la cláusula por parte del Notario en el momento de la firma del contrato de préstamo hipotecario, momento inidóneo para que el adherente se replantee su decisión de contratar. Que los deberes de información exigidos en la citada OM son insuficientes al efecto eliminar el mencionado efecto sorpresa de este tipo de cláusulas aparece corroborado por la normativa posterior que ha reforzado extraordinariamente el deber de transparencia:

En este sentido, la vigente Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, establece en su artículo 25 que en el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, requiere la inclusión en el contrato, junto a la firma del cliente, de una expresión manuscrita en la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, en el caso de que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés del tipo de las cláusulas suelo y techo.

Por último, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, exige la inclusión de los límites a la variabilidad del tipo de interés en la ficha europea de información normalizada (FEIN).

La inclusión de la cláusula de forma clara y comprensible y el cumplimiento de la normativa administrativa en materia de transparencia garantiza que el adherente está en condiciones de conocer la inclusión de la cláusula en su contrato de préstamo hipotecario, pero no que el consumidor esté perfectamente informado de la cláusula en el sentido de que el mismo pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que le supondrá dicha inclusión. Es por ello que la transparencia de la cláusula suelo exige que la entidad bancaria ~~haya destacado su inclusión de tal forma que al cliente no le haya podido pasar desapercibida~~. En palabras del TS (sentencia de 23 de diciembre de 2015), en estos casos se exige una “comunicación reforzada” o “deber de transparencia reforzado” (proporcional a la importancia de la cláusula) dirigido a asegurar que, al contratar el préstamo hipotecario, el adherente tiene un perfecto conocimiento no sólo de que se ha incluido una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés, sino que, además, dicha cláusula tiene un carácter principal ya que, en caso de aplicarse, el contrato que se le había ofertado –

y se había contratado- a interés variable pasa a convertirse en un contrato a tipo fijo. El TS llega incluso a exigir que el consumidor esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo (FJ 15 párr 256 de la sentencia de 9 de mayo de 2013).

9.3.2. Sentado lo anterior, el TS llega a la conclusión de que, en la totalidad de los casos sometidos a su consideración las entidades bancarias incumplieron ese deber reforzado de transparencia (sentencias de 9 de mayo de 2013, 24 de marzo de 2015, 29 de abril de 2015 y 23 de diciembre de 2015).

En este sentido, el apartado séptimo del fallo de la sentencia del TS 9 de mayo de 2013 enumera una serie de circunstancias que han sido tomadas en cuenta para valorar el carácter abusivo de la cláusula suelo por un defecto de transparencia (párr. 296):

“a) 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.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) 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.

e) 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.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.”

9.4. Valoración de la transparencia de las cláusulas suelo objeto del presente procedimiento.

En línea con la mencionada jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la hora de examinar la transparencia de las cláusulas suelo empleadas por las entidades bancarias demandadas en el presente procedimiento, se han de tener en cuenta los siguientes extremos:

9.4.1. No resulta controvertido que todos los contratos de préstamo hipotecario en los que las entidades bancarias demandadas insertaron las cláusulas suelo litigiosas **se ofertaban como contratos a interés variable**, de forma que los adherentes creían estar contratando un préstamo en el que los intereses variarían en función de la evolución del índice de referencia pactado y en consecuencia, que ante cualquier escenario de bajada del tipo de referencia, se iba a producir una correlativa bajada de la cuota de su préstamo hipotecario.

Como hemos señalado en anteriores fundamentos jurídicos, las entidades bancarias demandadas introducían cláusulas de limitación a la variabilidad de los tipos de interés en el condicionado general de los citados contratos de préstamo hipotecario, cláusulas que contradicen dichas expectativas del adherente, porque impiden al consumidor beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia.

Al introducir estas cláusulas de fijación del precio en el contrato a través de cláusulas prerredactadas, las entidades bancarias redujeron la visibilidad de su contenido para los adherentes pues, como señala Alfaro: a) los consumidores no leen las condiciones generales y no las tienen en cuenta a la hora de contratar y; b) los mismos contratan sobre la base de que todo el contenido predispuesto está integrado por cláusulas accesorias a lo pactado verbalmente o de acuerdo con la publicidad y demás documentación que se ha entregado al tiempo de la celebración del contrato y que en ningún caso esperan que contradigan la oferta contractual. Además se ha de tener en cuenta que al introducir este tipo de cláusulas entre las condiciones generales, las entidades bancarias ocultaron su desventaja competitiva con respecto a aquellas entidades bancarias que ofertan un interés variable sin establecer una limitación a la variabilidad de los tipos de interés.

Es por ello que las entidades bancarias tenían la obligación de asegurarse que los adherentes conocían la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario, llamando expresamente la atención sobre la misma y explicando tanto su contenido como la probable evolución del tipo de referencia a corto plazo, así como la influencia de dichas cláusulas en el coste real del crédito.

En contra de lo que sostienen algunas de las entidades bancarias demandadas en el presente procedimiento, a estos efectos no es suficiente con que el cliente haya tenido la posibilidad de leer la cláusula por haberse incluido en el clausulado general, ni que el notario haya leído la cláusula en voz alta en el momento de la firma del contrato de préstamo hipotecario. Tampoco podría entenderse cumplimentado este especial deber de transparencia por el hecho de que un empleado de la entidad bancaria haya hecho una mera referencia a la cláusula con anterioridad a la firma del contrato, sin una especial llamada de atención sobre la misma. Al ser cláusulas susceptibles de producir un efecto sorpresa es exigible una **especial llamada de atención** sobre la cláusula y su contenido.

9.4.2. A pesar de ello y al igual que en los casos sometidos a consideración del TS, las entidades bancarias demandadas no sólo no realizaron una especial llamada de atención sobre las cláusulas suelo que incluían en sus contratos de préstamo hipotecario, sino que ~~dieron a las mismas un~~ **tratamiento secundario**, habida cuenta que este tipo de cláusulas no llegaba a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios. En este sentido, el anteriormente citado informe del Banco de España señala que las entidades bancarias entrevistadas reconocieron que las cláusulas suelo jugaban un papel secundario en la competencia, puesto que el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar se centra en la cuota inicial a pagar, no llegando a afectar estas cláusulas de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios.

Este tratamiento secundario se plasma en la reglamentación contractual. En efecto, el examen de las escrituras de préstamo hipotecario incorporadas al presente procedimiento revela que la totalidad

de las entidades bancarias demandadas incluyeron la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario sin prestar a la misma una especial atención, existiendo una clara desproporción entre la importancia del contenido de la cláusula para el adherente y cómo se recogía y plasmaba en el documento contractual.

En este sentido, se ha de señalar que en todos los casos examinados la cláusula ocupa un lugar secundario del clausulado contractual, sin realizarse una llamada de atención sobre la misma a pesar de que, al tratarse de una cláusula que afectaba directamente al precio (tal y como se lo había representado el cliente con base en la oferta realizada por la entidad bancaria) debería haber sido objeto de un tratamiento especial. Asimismo, en todos los casos, se inserta entre otros datos que la enmascaran, diluyendo la atención del consumidor sobre la misma. En algunos de los casos, incluso se incluye bajo un título que no se corresponde con el contenido de la cláusula: “Instrumento de cobertura del tipo de interés” (Caja Rioja-Bankia y Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón-Ibercaja) circunstancia que contribuye a ocultar la cláusula suelo.

9.4.3. Si bien no es posible efectuar un análisis individualizado de todas y cada una de las escrituras de préstamo hipotecario aportadas al presente procedimiento (porque tal análisis contravendría la naturaleza de la acción ejercitada en el presente procedimiento, a saber, la acción de cesación); lo cierto es que el patrón de inclusión de la cláusula en el contrato (en lo que respecta a la redacción, tipografía empleada y ubicación de la cláusula en el contrato) se repite en las entidades bancarias.

Así, de la documental aportada resulta que las entidades bancarias demandadas en el presente procedimiento incluyeron la cláusula suelo en su contrato de préstamo hipotecario de la siguiente forma:

1. ARQUIA CAJA DE ARQUITECTOS

Se incluye en la cláusula **TERCERA BIS. TIPO DE INTERÉS VARIABLE**, tras fijar el diferencial y regular el cálculo de interés variable, sin ningún tipo de llamada de atención sobre la misma de forma que la cláusula es susceptible de pasar totalmente desapercibida para el adherente.

2. LIBERBANK

Caja Castilla la Mancha

Se incluye en el último párrafo de la cláusula **TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE.-** tras abundante información acerca de el tipo de interés variable, y si bien -al igual que otros extremos de la cláusula- aparece en negrita, no se realizar ninguna llamada de atención sobre la misma, de forma que la cláusula puede pasar totalmente desapercibida para el adherente.

Caja De Ahorros De Asturias / Cajastur

Se incluye al final del la cláusula **TERCERA BIS: TIPO DE INTERÉS VARIABLE**

En concreto, en el punto, punto 3.2. b, tras abundantísima información acerca de las reglas a aplicar durante el periodo de interés variable, sin realizarse ninguna llamada de atención sobre la misma, de forma que la cláusula puede pasar totalmente desapercibida para el adherente.

Caja De Ahorros De Extremadura

Se incluye en el punto 3º de la cláusula TERCERA BIS.- VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE, tras regular en el punto 1º la definición del tipo de interés, y en el punto 2º la definición del tipo de referencia, bajo el título LÍMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS y dándole la misma relevancia que a los otros tres puntos de la misma cláusula, sin efectuar una especial llamada de atención sobre la misma.

Caja de Ahorros de Santander y Cantabria

Se incluye en el apartado a) de la cláusula TERCERA BIS totalmente enmascarada entre una serie de informaciones acerca de cómo calcular el tipo de interés aplicable al capital prestado y salvo por la utilización de negrita (también empleada en otros extremos de la misma cláusula), no se realiza ninguna llamada de atención sobre la misma, de forma que la cláusula puede pasar totalmente desapercibida para el adherente.

3. BANCO POPULAR

Banco De Galicia, Banco Popular Español, Banco Vasconia, Banco Andalucía, Banco Castilla, Banco Crédito Balear y Popular-E

Se incluye en un subapartado de la cláusula 3. Intereses.

En concreto, en el punto 3.3. Límite a la variación del tipo de interés aplicable de la cláusula, tras la regulación en el punto 3.1 del Tipo de interés inicial, la variación del tipo de interés inicial en el punto 3.2. y sin un especial resalte o llamada de atención con respecto a los demás extremos regulados en la cláusula.

Banco Pastor

Se incluye en la cláusula TERCERA BIS. TIPO DE INTERÉS VARIABLE. En concreto, en el punto 4. LIMITES DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE, tras regular en el punto 1º el tipo de interés variable, en el punto 2º una definición del EURIBOR y en el punto 3º el TIPO DE INTERÉS SUSTITUTIVO, aportando una abundantísima información acerca de estos extremos y sin un especial resalte o llamada de atención.

Banco Popular Hipotecario Español

Se incluye en el punto III bajo la rúbrica Modificación de la revisión del tipo de interés y tras una abundantísima información acerca de la Modificación del tipo de interés, sin ningún tipo de llamada de atención ni resalte con respecto a otros extremos regulados en el contrato.

4. BANKIA

Caja Segovia

Se incluye en el apartado 4) de la cláusula TERCERA BIS, TIPO DE INTERÉS VARIABLE, tras abundante información acerca del tipo de interés variable y sin ningún tipo de especial resalte o llamada de atención sobre la misma.

Caja Insular De Ahorros De Canarias

Se incluye al final de la cláusula CUARTA.- INTERESES. En concreto, en el punto C.4 bajo la rúbrica Condiciones Comunes (tras regular en el punto C.1. el tipo nominal ordinario, en el punto C.2. el tipo nominal sustitutivo, en el punto C.3. la comunicación y aceptación del tipo de interés) y, si bien aparece en negrita, mayúsculas y negrita, no se le da un especial resalte en comparación con otros extremos incluidos en la cláusula con los mismos caracteres tipográficos.

Caja Rioja

Se incluye de forma totalmente oculta, en el punto 1.4. de la cláusula relativa a los intereses, tras abundantísima información acerca de los tipos de interés a aplicar durante la vida del préstamo y las bonificaciones y bajo la rúbrica TIPO MÁXIMO Y MÍNIMO.- INSTRUMENTO DE COBERTURA DEL RIESGO DE INTERÉS (TIPO MÁXIMO Y MÍNIMO), título engañoso para el adherente, porque le puede llevar a pensar que está contratando un instrumento de cobertura del riesgo en lugar de una limitación a la variabilidad de los tipos de interés.

5. KUTXABANK, S.A.

Kutxa / Caja De Ahorros Y Monte Piedad De Guipúzcoa Y San Sebastián

Se incluye en la cláusula cuarta, enmascarada entre otras condiciones relativas al plazo y el cálculo de los intereses aplicables. Si bien aparece en negrita, no presenta ningún tipo de resalte con respecto a otros extremos recogidos en el contrato.

Caja Sur

Se incluye al final de la cláusula TERCERA BIS. TIPO DE INTERÉS VARIABLE, tras la regulación del tipo de interés aplicable en cada período, y sin un especial resalte con respecto a otros extremo regulados en la cláusula a los que la cláusula da mayor relieve incluyéndolos en negrita y subrayado.

6. LABORAL KUTXA

Ipar Kutxa Rural, S.C.C.

Se incluye en el último párrafo de la Cláusula Tercera Bis.- Variabilidad tipo de interés, enmascarada entre otros datos relativos al tipo de referencia y, si bien el límite aparece en mayúsculas y negrita, no se aprecia ningún tipo de resalte respecto a otros extremos regulados en el contrato.

Caja Laboral Popular

Se incluye en la cláusula TERCERA. INTERESES ORDINARIOS.- de forma oculta entre una serie de datos relativos al tipo de interés del préstamo. Si bien ese incluye en mayúsculas, se le da

un papel secundario con respecto a otros extremos regulados en el contrato que aparecen más destacados, como por ejemplo el tipo de interés anual aplicable durante los seis primeros meses.

7. BERCAJA

Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón

Se incluye en la cláusula INTERÉS bajo la rúbrica “Instrumento de cobertura de tipo de interés”, circunstancia que, no solo contribuye a ocultar la cláusula sino que, como señalábamos, es susceptible de inducir a error al consumidor. Se inserta entre abundantísima información acerca de los tipos aplicables, los índices sustitutivos y las bonificaciones, sin un tratamiento diferenciado, ni un especial resalte o llamada de atención sobre la misma.

Monte de Piedad y Caja General de Ahorros de Badajoz

Se incluye en la cláusula INTERESES ORDINARIOS, enmascarada entre otros datos relativos al interés nominal, el tipo de referencia, las bonificaciones en función de los productos de la entidad bancaria contratados etc...y, si bien el límite aparece en mayúsculas y negrita, no se aprecia ningún tipo de resalte respecto a otros extremos regulados en la misma (como los periodos de interés o el índice de referencia y el diferencial).

Caja de Ahorros y Monte de Piedad del Círculo Católico de Obreros de Burgos

Se incluye en la cláusula 3ª bis.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE, bajo la rúbrica tipo de interés de la segunda fracción temporal, sin darle ningún con respecto a otros extremos regulados en la cláusula como el diferencial o el tipo de referencia.

8. BANCO SABADELL

Banco Guipuzcoano

Se incluye en la Cláusula Cuarta.- REVISIÓN DEL TIPO DE INTERÉS.- Tras abundante información acerca del cálculo del interés aplicable y sin ningún tipo de resalte o llamada de atención con respecto a otros elementos de la misma cláusula a los que se da una mayor relevancia incluyéndolos en negrita.

Banco Gallego

Se incluye al final de la Cláusula SEGUNDA.- INTERESES ORDINARIOS, si bien aparece en negrita, no presenta un especial resalte con respecto a otros extremos del contrato a los que se da la misma o incluso mayor relevancia, como el interés anual o las comisiones (en mayúsculas y negrita).

Caixa Penedés

Se incluye al final del punto 3.3. REVISIÓN DEL TIPO DE INTERÉS, de la cláusula tercera, MODIFICACIÓN DE LA HIPOTECA, completamente enmascarada entre una abrumadora cantidad de información acerca del tipo de interés.

Banco Sabadell Atlántico

Se incluye en el punto 1 de la cláusula Tercera bis.- Tipo de interés variable y, si bien el límite aparece en negrita, no se aprecia ningún tipo de resalte respecto a otros extremos regulados en la cláusula que presentan idénticos caracteres tipográficos.

Banco De Asturias

Se incluye en el punto 4. Límite a la variación del tipo de interés aplicable, del PACTO TERCERO BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE, tras abundante información acerca del tipo de interés variable y el tipo bonificado incluida en los tres puntos anteriores, sin ningún tipo de resalte respecto de otros extremos regulados en el contrato.

Banco Herrero

Se incluye en el punto 3.4 B Límite de variabilidad de los tipos de interés nominal anual del PACTO TERCERO BIS. Tipo de interés variable; tras abundante información acerca del tipo de interés variable, el tipo bonificado y el tipo de referencia incluida en los tres puntos anteriores, sin ningún tipo de resalte respecto de otros extremos regulados en el contrato.

Banco Urquijo

Se incluye en el punto primero de la cláusula TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE, tras regular el tipo de referencia y el diferencial y sin ningún tipo de resalte respecto de otros extremos regulados en el contrato.

9. CAIXABANK

Caixa Destalvis De Girona

Se incluye en la cláusula TERCERA BIS, apartado c) Límites a la variación del tipo de interés, tras abundante información sobre el tipo de interés y sin ningún tipo de resalte o llamada de atención respecto de otros extremos regulados en la misma cláusula -como el ajuste del tipo de interés o índice de referencia regulado en el apartado b) – que, al igual que los límites a la variación, también aparecen subrayados.

Caja Sol

Se incluye en el apartado d) Tipo máximo y tipo mínimo.- de la cláusula TERCERA sin especial resalte con respecto a otros extremos regulados en la misma cláusula.

Caja De Ahorros De Burgos

Se incluye en el punto 3º d) de la cláusula 3ª INTERESES ORDINARIOS bajo la rúbrica Tipo de interés y forma de cálculo de la segunda fracción temporal, tras abundante información acerca del cálculo de los intereses y sin especial resalte con respecto a otros extremos regulados en la misma cláusula que, al igual que la cláusula suelo, también aparecen en negrita.

Caja Guadalajara

Se incluye en la cláusula Sexto. Apartado B) Intereses, bajo la rúbrica Pacto de estabilización, rúbrica que puede conducir a error al adherente acerca del contenido de la cláusula. Aparece tras una extensísima información acerca del cálculo de los intereses y sin especial resalte con respecto a otros extremos regulados en la misma cláusula que, al igual que la rúbrica de cláusula suelo, también aparecen subrayados.

Caixa D'estalvis I Pensions De Barcelona / La Caixa

Se incluye, bajo la rúbrica límite a la variación del tipo de interés aplicable, en el apartado F) de la cláusula TERCERA BIS.- Tipo de interés variable, tras abundante información acerca del cálculo de los intereses y sin especial resalte con respecto a otros extremos regulados en la misma cláusula que, al igual que los límites a la variación del tipo de interés, también aparecen en negrita.

Caja General De Ahorros De Canarias

Se incluye en la cláusula TERCERA BIS: Tipo de interés variable, tras la regulación del tipo de interés aplicable durante los primeros doce meses y el sistema de cálculo de los sucesivos tipos de interés aplicables. Fuera de su inclusión en mayúsculas y negrita, caracteres también utilizados reiteradamente a lo largo de todo el contrato, no se realiza una especial llamada de atención del consumidor acerca de la inclusión de la cláusula de limitación.

Banco Zaragozano

Se incluye en el apartado 2.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE. En concreto, en el apartado D) Límites a la variación del tipo de interés, tras abundante información acerca de la definición y el margen o diferencial, el tipo de interés de referencia principal y el sustitutivo (en los apartados a), b) y c) y sin ningún tipo de resalte con respecto a los mencionados apartados).

Caja General de ahorros de Granada

Se incluye en el apartado D) INTERESES ORDINARIOS, tras abundante información acerca del índice de referencia, el diferencial, el redondeo, y sin ningún tipo de resalte con respecto a otros extremos regulados en la misma cláusula.

10. CREDIFIMO

Se incluye al final de la cláusula TERCERA BIS, tras abundante información acerca del ajuste del tipo de interés y el índice de referencia sustitutivo, y sin ningún tipo de resalte o llamada de atención con respecto a otros extremos regulados en la misma cláusula que, al igual que la cláusula suelo, también aparecen en negrita.

11. CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT

Se incluye en la cláusula TERCERA.- INTERESES ORDINARIOS en el apartado LIMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS, tras abundante información acerca del tipo de interés aplicable y sin ningún tipo de resalte o llamada de atención del adherente con respecto a otros

extremos regulados en la misma cláusula que, al igual que la cláusula suelo, también aparecen en mayúsculas.

12. UNICAJA BANCO

Caja Duero

Se incluye en la cláusula TERCERA- BIS: Revisión del tipo de interés. En concreto en el punto primero de la citada cláusula, sin ningún tipo de resalte o llamada de atención respecto de otros extremos regulados en la misma.

Unicaja

Se incluye en la cláusula TERCERA- BIS: Tipo de interés variable, sin ningún tipo de resalte o llamada de atención del adherente con respecto a otros extremos regulados en la misma cláusula que, al igual que el límite mínimo, también aparecen en negrita.

13. BANCO MARE NOSTRUM

Caja Granada

Se incluye en la cláusula **SEGUNDA**, entre las restantes condiciones financieras del contrato, sin ningún tipo de resalte o llamada de atención del adherente con respecto a otros extremos regulados en el contrato de préstamo hipotecario.

Caja de Ahorros de Murcia

Se regula al final de la estipulación **TERCERA BIS.-** tras una extensísima regulación del tipo de interés aplicable y sin ningún tipo de resalte o llamada de atención del adherente con respecto a otros extremos regulados en el contrato de préstamo hipotecario.

14. CELERIS SERVICIOS FINANCIEROS

Se incluye en el apartado 3º de la cláusula TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE, bajo la rúbrica: Límites a la variación del tipo de interés y tras regular en el apartado 1º la definición del tipo de interés aplicable y en el apartado 2º la Identificación del tipo de referencia, sin un especial resalte o llamada de atención respecto de otros extremos regulados en la citada cláusula y el resto del clausulado del contrato.

15. BANCA MARCH

Se incluye en el apartado c.) del subapartado 2.2.5. de la cláusula segunda, tras abundante información sobre los el tipo de interés fijo y variable y sin especial resalte con respecto a otros extremos regulados en el contrato, de forma que la cláusula queda enmascarada.

16. BANCA PUEYO

Se incluye en el apartado b) de la cláusula3. **INTERESES ORDINARIOS**, tras abundante información sobre el cálculo del tipo de interés y sin ningún tipo de resalte respecto de otros extremos regulados en el contrato.

17. BANCO CAMINOS

Se incluye en la cláusula 2.- enmascarada entre abundante información acerca del plazo de duración y el cálculo de los intereses del préstamo, sin especial resalte con respecto a otros elementos regulados en el contrato.

18. BANCOFAR

Se incluye en la cláusula TERCERA BIS.- INTERÉS VARIABLE. En concreto, en el punto 4 de la misma, bajo la rúbrica “Límites a la variación del tipo de interés”, tras regular el tipo de interés referencia principal y el tipo de interés sustitutivo en los apartados anteriores y sin ningún tipo de resalte o llamada de atención con respecto a otros elementos reglados en el contrato.

19. GRUPO CAJA RURAL

Caja Rural Toledo

Se incluye en la cláusula TERCERA BIS.- Tipo de interés variable, enmascarada entre abundante información acerca de los intereses del préstamo (tipo de interés aplicable, revisiones, tipo de interés sustitutivo) y sin especial resalte con respecto a otros elementos regulados en el contrato.

Caja Rural Zamora

Se incluye en la cláusula TERCERA bis. TIPO DE INTERÉS VARIABLE. En concreto, en el punto 1º DEFINICIÓN DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE. A pesar de que se incluye en negrita, no presenta un especial resalte o llamada de atención respecto de otros elementos del contrato que se recogen también en negrita o incluso en mayúsculas y negrita (como por ejemplo las comisiones).

20. CAJA RURAL EXTREMADURA

Se incluye en la cláusula Tercera- bis: TIPO DE INTERÉS VARIABLE. En concreto, en el punto 3.- LÍMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE, tras regular en el apartado 1. La definición del tipo de interés variable y en el 2. La identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia y sin especial resalte respecto de otros extremos regulados en el contrato también incluidos en negrita, mayúsculas y subrayado.

21. CAJA RURAL DEL MEDITERRÁNEO

Se incluye en la cláusula TERCERA BIS.- LÍMITES A LA VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS. A pesar de que, a diferencia de otros extremos regulados en el contrato (que sólo aparecen en mayúsculas y negrita, como por ejemplo, los intereses ordinarios) aparece en negrita, mayúsculas y subrayado, no se considera suficientemente destacada con respecto al resto de elementos reglados del contrato.

22. CAJA RURAL DE JAÉN

Se incluye en el punto 3 de la cláusula **TERCERA- BIS: TIPO DE INTERÉS VARIABLE**, bajo el título **LÍMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE**. Se regula a continuación de la identificación y ajuste del tipo de interés y el Tipo de interés sustitutivo y sin ningún tipo de resalte o llamada de atención, de forma que la cláusula queda enmascarada entre los anteriores apartados.

23. CAJA RURAL DE BEXTI

Se incluye en la cláusula **Tercera.- Intereses ordinarios**, tras abundante información acerca del tipo de interés y sin especial resalte respecto de otros extremos regulados en el contrato que también aparecen en mayúsculas y negrita.

24. CAJA RURAL DE SORIA

Se incluye al final de la cláusula **TERCERA.- INTERESES ORDINARIOS**, tras regular el tipo de interés y sin especial resalte respecto de otros extremos regulados en el contrato que también aparecen en negrita.

25. CAJA RURAL CENTRAL

Se incluye en la cláusula **TERCERA-BIS** (tipo de interés variable), tras abundante información acerca del tipo de interés variable y el de referencia sin especial resalte respecto de otros extremos regulados en el contrato que también aparecen en mayúsculas y negrita.

26. CAJA RURAL DE ASTURIAS

Se incluye en el apartado 4º de la cláusula **TERCERA BIS**, bajo la rúbrica **Límites a la variación del tipo de interés** y tras regular en el apartado 1º la definición del tipo de interés variable, en el 2º la identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia y el tipo de interés sustitutivo en el apartado 3º; sin especial resalte respecto de los mencionados extremos.

27. CAIXA RURAL GALEGA

Se incluye en la cláusula **TERCERA BIS: TIPO DE INTERÉS VARIABLE**. En concreto, en el apartado **D) LÍMITES DE VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS**, tras abundante información acerca del margen y el tipo de interés de referencia, sin especial resalte o llamada la atención respecto de los extremos regulados en la misma cláusula, en particular, en los apartados **A), B) Y C)**

28. C.R. BURGOS, FUENTEPELAYO, SEGOVIA Y CASTELLDANS, SCC (LUEGO CAJAVIVA – HOY GRUPO CAJA RURAL)

Se incluye en la cláusula **TERCERA BIS: TIPO DE INTERÉS VARIABLE**, tras regular la revisión del tipo de interés, el tipo de interés de referencia, la definición del Euribor y, si bien aparece en negrita, no presenta especial resalte respecto de otros extremos del contrato para los que también se emplea la negrita.

29. CAJA RURAL DE TENERIFE- CAJASUETE

Se incluye al final de la cláusula **TERCERA BIS: TIPO DE INTERÉS VARIABLE**, tras abundante información acerca del interés variable, el tipo de referencia, el sustitutivo y los supuestos de ausencia de tipo de referencia para el cálculo del tipo nominal. Se incluye bajo la rúbrica “márgenes de fluctuación del tipo de interés”, lo que contribuye a enmascarar la cláusula para el consumidor y,

si bien aparece en negrita y subrayada, no se realiza una especial llamada de atención o resalte de la misma con respecto a otros extremos regulados en el contrato para los que se utilizan los mismos caracteres tipográficos.

30. CAJA RURAL DEL SUR

Caja Rural del Sur Sociedad Cooperativa de Crédito

Se incluye en el apartado c) de la cláusula **TERCERA BIS** tras abundante información acerca del tipo de referencia y el diferencial sobre el tipo de referencia. Si bien aparece en negrita y mayúsculas, no se realiza una especial llamada de atención o resalte de la misma con respecto a otros extremos regulados en el contrato para los que se utilizan los mismos caracteres tipográficos.

Caja Rural de Córdoba

Se incluye en el apartado a) de la cláusula **3º.- INTERESES ORDINARIOS**, bajo la rúbrica **DEFINICIÓN DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE** y sin una especial llamada de atención o resalte con respecto a otros extremos regulados en el contrato.

Caja Rural de Sevilla

Se incluye en la cláusula **TERCERA BIS.-** tras abundante información acerca del tipo de referencia y el diferencial sobre el tipo de referencia. Si bien aparece en negrita, no se realiza una especial llamada de atención o resalte de la misma con respecto a otros extremos regulados en el contrato para los que se utilizan los mismos caracteres tipográficos.

31. CAJA RURAL DE TERUEL

Se incluye en la cláusula **TERCERA. Bis.- dos- LIMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS.** Si bien aparece en una cláusula independiente y en mayúsculas, no se realiza una especial llamada de atención o resalte de la misma con respecto a otros extremos regulados en el contrato para los que se utilizan los mismos caracteres tipográficos, por lo que queda enmascarada entre otras cláusulas a las que se da la misma importancia.

32. CAJA RURAL SAN VICENTE FERRER DEL VALL DE UXO

Se incluye al final de la cláusula **TERCERA. INTERESES ORDINARIOS**, tras abundante información acerca del tipo de interés nominal anual, la liquidación de intereses y el interés variable y sin especial resalte con respecto a otros extremos regulados en el contrato, de forma que la cláusula queda enmascarada u oculta.

33. CAIXA RURAL CASINOS

Se incluye en la cláusula **INTERESES** sin especial resalte con respecto a otros extremos regulados en el contrato, de forma que la cláusula queda enmascarada u oculta en la reglamentación contractual.

34. CAJA RURAL DE GRANADA

Se incluye en la cláusula **CUARTA: INTERESES ORDINARIOS**, tras regular el tipo de interés aplicable, el tipo de referencia y antes de regular el tipo de interés sustitutivo y si bien aparece en negrita, no se realiza una especial llamada de atención o resalte con respecto a otros extremos regulados en el contrato para los que se utilizan los mismos caracteres tipográficos.

35. CAJA RURAL DE NAVARRA

Se incluye al final de la cláusula **Tercera.- INTERES ORDINARIO Y REVISIONES DEL TIPO DE INTERES** tras abundante información regular el tipo de interés anual, el tipo de referencia, la comunicación y aceptación del tipo de interés y si bien aparece en negrita y mayúscula, no se realiza una especial llamada de atención o resalte con respecto a otros extremos regulados en el contrato para los que se utilizan los mismos caracteres tipográficos.

36. CAJA RURAL DE ALMENDRALEJO

Se incluye en el apartado 3º de la cláusula **TERCERA.- INTERESES ORDINARIOS**, bajo la rúbrica **límites**. La cláusula comienza explicando que CAJALMENDARALEJO tiene a disposición de la prestataria un instrumento de cobertura del tipo de interés, explicando las características del mismo. Al final de la misma señala que (...) El tipo de interés aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser en ningún caso inferior al CINCO POR CIENTO nominal anual, aplicándose este tipo de interés en aquellos periodos en que el tipo resultante, según lo dispuesto en la siguiente Estipulación Tercera bis fuere inferior a dicho mínimo. La ubicación de la limitación junto a su ofrecimiento al adherente como un instrumento de cobertura del riesgo y la ausencia de llamada de atención sobre la misma determinan que la limitación del tipo de interés quede totalmente oculta en el contrato.

37. CAIXA DE GUISSONA

Se incluye al final de la cláusula **Tercera bis.- Tipo de interés variable**, oculta entre abundante información sobre el tipo de referencia y el descuento y, si bien aparece en negrita no se realiza una especial llamada de atención o resalte con respecto a otros extremos regulados en el contrato para los que se utilizan los mismos caracteres tipográficos.

38. CAJA CANTABRIA'

Se incluye al final de la cláusula **TERCERA BIS**, sin realizarse una especial llamada de atención o resalte de la misma con respecto a otros extremos regulados en el contrato y que sí aparecen destacados (como el principal del préstamo o las bonificaciones).

39. GLOBALCAJA

Caja Rural de Albacete

Se incluye en el apartado 4º de la cláusula **TERCERA Bis.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE**, bajo la rúbrica **TIPOS MÁXIMO Y MÍNIMO** y tras regular tras abundante información sobre el tipo de interés anual, el tipo de referencia y el tipo de interés de referencia sustitutivo. Si bien aparece en negrita, mayúsculas y subrayado, no se realiza una especial llamada de atención o resalte con respecto a otros extremos regulados en el contrato para los que se utilizan los mismos caracteres tipográficos.

Caja Rural de Ciudad Real

Se incluye en el punto 1 de la cláusula **TERCERA.- INTERESES ORDINARIOS**, tras abundante información acerca del tipo de interés, sus revisiones, el tipo de interés de referencia y sin especial resalte con respecto a otros extremos regulados en el contrato, de forma que la cláusula queda enmascarada u oculta.

Caja Rural de Cuenca

Se incluye en el punto 1º de la cláusula **TERCERA BIS**, bajo la rúbrica **TIPO DE INTERÉS APLICABLE**. Si bien aparece en negrita no se realiza una especial llamada de atención o resalte con respecto a otros extremos regulados en el contrato para los que se utilizan los mismos caracteres tipográficos.

40. BANTIERRA

Caja Rural de Aragón , Sociedad Cooperativa de Crédito (Cajalón)

Se incluye en la cláusula **TERCERA BIS**.- **TIPO DE INTERÉS VARIABLE**, tras abundante información acerca del tipo de interés y sin realizarse una especial llamada de atención o resalte con respecto a otros extremos regulados en la cláusula.

Caixa Advocats

Se incluye en el punto II la cláusula **TERCERA BIS**.- **TIPO DE INTERÉS VARIABLE** bajo la rúbrica Límite de variabilidad de intereses ordinarios, tras abundante información acerca del tipo de interés, el tipo de interés de referencia y su redondeo sin especial resalte con respecto a otros extremos regulados en el contrato, de forma que la cláusula queda enmascarada u oculta.

Caja Rural de Huesca

Se incluye en el punto 3 de la cláusula **SEGUNDA. COMISIONES E INTERÉS APLICABLE**, tras abundante información relativa a dichos extremos si bien aparece en negrita, no se realiza una especial llamada de atención o resalte con respecto a otros extremos regulados en el contrato para los que se utilizan los mismos caracteres tipográficos.

41. BANCO DEL COMERCIO

Se incluye en el apartado d) de la cláusula **CUARTA** (Tipo de interés variable), tras abundante información acerca del tipo de interés aplicable, el tipo de referencia y el sustitutivo. Si bien aparece en negrita y mayúsculas no se realiza una especial llamada de atención o resalte con respecto a otros extremos regulados en el contrato para los que se utilizan los mismos caracteres tipográficos.

42. BANCO ETCHERRIA

Se incluye en el apartado 7.- de la cláusula **TERCERA BIS: TIPO DE INTERÉS VARIABLE**, tras abundante información acerca del tipo de interés aplicable, el tipo de referencia, el sustitutivo y el TAE, sin realizarse una especial llamada de atención o resalte con respecto a otros extremos regulados en el contrato.

9.4.4. Por último, las entidades bancarias demandadas en el presente procedimiento tampoco se aseguraron de que sus clientes adquirían un perfecto conocimiento de la cláusula suelo y su trascendencia a través de los medios apuntados por la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, pues no resulta controvertido que:

- a) no advirtieron a los clientes de que la cláusula suelo era un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario;
- b) no ofrecieron información acerca del comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar;

c) por último, tampoco ofrecieron a los clientes información sobre el coste comparativo del contrato de préstamo hipotecario con cláusula suelo con otros productos de la propia entidad.

9.4.5. Es por ello que se considera acreditado que las cláusulas impugnadas en el presente procedimiento, al igual que las ya examinadas por el TS, son cláusulas no transparentes.

9.5. Examen de la transparencia de las cláusulas suelo al amparo de la acción colectiva de cesación.

Asimismo, las entidades demandadas oponen la imposibilidad de examinar la transparencia de las cláusulas al amparo de la acción colectiva, puesto que, por definición, el cumplimiento del deber reforzado de transparencia requiere el análisis de las circunstancias del caso concreto.

9.5.1. Habida cuenta que en el presente procedimiento se ejercita una acción colectiva de cesación, como sostiene la parte demandada, el control de abusividad de las cláusulas suelo se ha de realizar con carácter general o abstracto (no vinculado a un caso concreto). En consecuencia, el órgano judicial no puede examinar los acuerdos individuales de las partes, sus características personales ni, en definitiva, circunstancias del caso concreto.

9.5.2. En el presente caso, siguiendo los criterios de la jurisprudencia del TS, el examen de la abusividad de las cláusulas impugnadas se ha realizado con carácter general (partiendo de su carácter sorpresivo para el cliente por la forma en que las entidades bancarias incluyeron la cláusula en el contrato - entre las condiciones generales, prestando una importancia secundaria a la misma y sin completar la misma con la información adecuada-) y con independencia de las concretas circunstancias que rodearon a la celebración de los contratos, por lo que el mismo tiene perfecto encaje en la regla del control abstracto.

Es por ello que no puede prosperar la pretensión de CAIXABANK dirigida a obtener una declaración de transparencia de las cláusulas suelo contenidas en los contratos celebrados a partir de 2007, así como de las incluidas en contratos que han sido objeto de novación o en contratos suscritos con determinados colectivos (como empleados de la entidad financiera, hipoteca joven canaria consumidores con más de un préstamo hipotecario contratado) porque dicha declaración de transparencia requeriría de una valoración de las concretas circunstancias concurrentes en cada uno de los mencionados colectivos, valoración, como decíamos, incompatible con el control abstracto propio de la acción de cesación.

9.5.3. Adicionalmente ha de tenerse en cuenta que la sentencia del TS de 24 de marzo de 2015 señala (en el punto 7 de su fundamento jurídico quinto) que la alegación de que el control de transparencia solo puede realizarse caso por caso es incompatible con la regulación que hacen de la acción colectiva tanto el derecho interno como el derecho comunitario.

Las acciones colectivas tienen una destacada importancia en el control de las cláusulas abusivas utilizadas en contratos concertados con consumidores, como resulta de los arts. 12 y siguientes LCGC y 53 y siguientes TRLCU, complementados por los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el ejercicio de las acciones colectivas, los efectos de las sentencias

que los resuelven y su ejecución, que responden a las exigencias de art. 7 de la ya citada Directiva 93/13/CEE, y de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, y con anclaje constitucional en el art. 51.1 de la Constitución.

De acuerdo con la tesis mantenida en el recurso, nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores porque sería incompatible con tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y lo que para un consumidor pudiera considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería.

El control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio (apartados 148, 152 y 253 de la sentencia núm. 241/2013) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de dicha sentencia). Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1).

La posibilidad de tal control abstracto se justifica por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa.

Siguiendo los argumentos del recurso, no podrían ejercitarse acciones colectivas en materia de publicidad engañosa, o tampoco serían posibles enjuiciamientos que supusieran la formulación de juicios de valor abstractos de cuestiones tales como la confusión marcaria o constitutiva de competencia desleal, dadas las diferencias en la percepción de las ofertas publicitarias, los signos distintivos o las presentaciones de productos que pueden producirse entre los distintos receptores de tales comunicaciones y que obligarían a realizar el enjuiciamiento caso por caso.

9.6. Consecuencias de la falta de transparencia.

9.6.1. Sentado que las cláusulas suelo impugnadas en el presente procedimiento adolecen de un defecto de falta de transparencia, resta por analizar sus consecuencias, puesto que algunas de las entidades bancarias demandadas sostienen que la falta de transparencia no conlleva la nulidad de la cláusula, sino que simplemente posibilita al juzgador examinar su abusividad al amparo del TRLCGU. En concreto, alegan que, aún en el hipotético caso de que se considerase que las cláusulas litigiosas no cumplen las exigencias de transparencia, sólo podrían declararse nulas si de conformidad con el art. 82.1 TRLGDCU las mismas ocasionan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En el presente caso, las cláusulas suelo no crean un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio de los consumidores, pues su inclusión en los préstamos responde a un reparto real y

equitativo de los riesgos que implica la concesión de un préstamo hipotecario y el cumplimiento de los derechos y obligaciones de las partes durante el largo período de su vigencia (que oscila generalmente entre los 20 y los 40 años) siendo absolutamente imprevisible para las entidades bancarias demandadas y para cualquier agente del mercado prever la brusca caída del Euribor que se produjo a partir de noviembre de 2008.

9.6.2. En efecto, el art. 82.1 TRLGDCU considera 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.*

Como señala Pertíñez Vílchez (falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario, Indret, 3/2013) el art. 82 TRLGDCU es una cláusula general en la que pueden tener cabida múltiples hipótesis que se deben ir decantando por la jurisprudencia. Sus dos elementos constitutivos (la contrariedad a la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor) no pueden ser interpretados de manera rígida, sino que han de considerarse instrumentos que permiten al juez la formulación de las diferentes normas de decisión en las que se irá concretando la cláusula general, una de las cuales puede ser la abusividad de las cláusulas que por su falta de transparencia causen un perjuicio al consumidor, consistente en una alteración de la carga económica del contrato. Así, por ejemplo, en la fórmula “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato” deben tener cabida no sólo supuestos de distribución asimétrica de los aspectos jurídicos del contrato, sino en general hipótesis de desequilibrio que incidan sobre los intereses de las partes del contrato, ya sean jurídicos o, como en el caso las cláusulas abusivas sobre el objeto principal del contrato, económicos.

En el concreto caso de las cláusulas suelo, la falta de transparencia ocasiona al consumidor un perjuicio evidente consistente en la alteración de la carga económica del contrato sobre la que el consumidor creyó haber prestado su consentimiento. La falta de transparencia frustra las expectativas del consumidor que cree estar contratando un préstamo a interés variable cuando, en realidad, contrata un préstamo a tipo fijo mínimo. Esta circunstancia, adicionalmente, impide al consumidor la comparación de los préstamos en el mercado e incluso puede llevarle a error acerca del precio del contrato.

9.6.3. Es cierto que la sentencia de 9 de mayo de 2013, tras apreciar que las cláusulas suelo sometidas a su consideración no eran transparentes, lleva a cabo un examen del equilibrio abstracto de las cláusulas y llega a la conclusión de que ocasionan un desequilibrio al consumidor porque dan cobertura exclusivamente a los riesgos de la entidad bancaria, frustrando las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito. En este sentido, señala en el fundamento jurídico decimoquinto, apartados 263 y 264 que (...) *partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de*

claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el IBE [...] depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes" i bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como Variable." Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza.

Sin embargo, la jurisprudencia del TS recaída con posterioridad ha matizado que la infracción del deber reforzado de transparencia conlleva la abusividad de las cláusulas suelo, puesto que la falta de transparencia produce un desequilibrio en perjuicio del consumidor al privar o dificultar al consumidor la comparación del coste de los créditos ofertados en el mercado por las distintas entidades bancarias, así como de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato y porque pueden inducir a error al consumidor en cuanto al precio del contrato.

En este sentido, la sentencia del TS de 24 de marzo 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.*

Asimismo, la sentencia del TS de 23 de diciembre de 2015 señala que las cláusulas suelo no transparentes son nulas porque pueden inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato como es el precio y llevarle a adoptar una decisión irracional, a saber, elegir una oferta cuyo diferencial es inferior pero que, por efecto de la cláusula suelo, en realidad lo es a un tipo superior que otra oferta del mercado a tipo variable puro con un diferencial superior (al aprovecharse de las bajadas en el tipo de referencia durante toda la vida del contrato).

9.6.3. Por todo ello, apreciada la falta de transparencia de las cláusulas empleadas por las entidades demandadas en el presente procedimiento, se ha de declarar la nulidad de las mismas.

DÉCIMO.- DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ABONADAS EN APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES LITIGIOSAS.

10.1. Solicita la parte actora en el suplico del escrito de demanda que la sentencia estimatoria:

Declare en relación a cada uno de los consumidores perjudicados por la inclusión y operatividad de la cláusula suelo la correlativa indemnizatoria por las diferencias que se acrediten en ejecución de sentencia (entre el índice de tipo de interés y la cláusula suelo aplicada) en concepto de cantidades indebidamente pagadas por los consumidores y usuarios e indebidamente cobradas por las entidades financieras.

Condene a las demandadas a abonar a los consumidores perjudicados las cantidades a determinar en ejecución de sentencia sobre la base de las cantidades abonadas en exceso consistentes en la diferencia existente entre el tipo de interés pactado y el que haya sido satisfecho en aplicación de la cláusula suelo, con los intereses que legalmente correspondan desde que se hubiesen abonado. En la sentencia se establecerán los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante, conforme lo dispuesto en los artículos 221.1 y 519 LEC.

Si bien la demanda es un tanto confusa en la determinación de la acción ejercitada, del tenor literal del *petitum* transcrito, así como de los fundamentos jurídicos de la demanda, se desprende el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto o de devolución de cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas litigiosas (art.12.2 párrafo 2º LCGC).

10.2. La restitución de las cantidades abonadas en aplicación de las cláusulas de limitación a la variabilidad de los tipos de interés. Irretroactividad de la devolución de cantidades en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En torno a la restitución de las cantidades abonadas en aplicación de las cláusulas de limitación a la variabilidad de los tipos de interés, la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 señala que, si bien es cierto que, como regla general, la nulidad radical o absoluta lleva aparejada la obligación de restitución de las prestaciones recibidas en virtud de la obligación anulada (art. 1303 CC); tal regla general debe ser interpretada en coherencia con los principios generales del derecho y, en particular, el de seguridad jurídica, principios que excepcionalmente pueden justificar la limitación de los efectos de la sentencia declarativa de la nulidad.

En concreto, en el apartado 283 de la citada sentencia, el TS sostiene que, *como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica quod nullum est nullum effectum producit (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "[d]eclarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".*

Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, "[...] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que

sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".

A pesar de ello, el punto décimo del fallo establece que no ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia."

El Tribunal Supremo justifica la irretroactividad de la sentencia en tres circunstancias fundamentales: seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves para el orden público económico (parr. 293):

Aprueba la buena fe de las entidades bancarias por las siguientes circunstancias:

a) *Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.*

b) *Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas –el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero–.*

c) *No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".*

d) *Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera–.*

e) *La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos –en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más–, sino en la falta de transparencia.*

f) *La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.*

g) *No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.*

h) *La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.*

i) *Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.*

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

Asimismo, respecto del trastorno grave del orden público, señala que (...) k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas

La sentencia del TS de 25 marzo 2015 corrobora el criterio de la irretroactividad, y señala que los argumentos tenidos en cuenta por la sentencia de 9 de mayo de 2013, se compaginan con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la sentencia de 9 mayo 2013; ignorancia que a partir de esta sentencia hace perder a la buena fe aquella naturaleza, pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social.

Es por ello que concluye que, a partir de la fecha de publicación de la de 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en dicha sentencia.

En la misma línea, la sentencia del TS de 29 abril de 2015, señala que (...) cualquier entidad bancaria que haya utilizado cláusulas suelo en las condiciones generales de los contratos de préstamo concertados con consumidores puede, a partir de la referida sentencia núm. 241/2013 y con base en los detallados criterios que en ella se expresan, valorar si la cláusula suelo que ha utilizado en los contratos que ha celebrado con consumidores supera el control de transparencia. Y si no lo supera, debe dejar de aplicarla por ser abusiva.

La concreción de los criterios determinantes de la abusividad por falta de transparencia de las cláusulas suelo y la fijación de una fecha clara a la que deben referirse los efectos restitutorios de la nulidad permite, asimismo, que en los litigios en curso en los que se pretende la declaración de nulidad de estas cláusulas suelo, las partes puedan llegar a soluciones transaccionales con base en tales parámetros.

Si no sucede así y el consumidor tiene que interponer una demanda para que se declare la abusividad y consiguiente nulidad, por falta de transparencia, de la cláusula suelo, o si el litigio ya enablado tiene que continuar por no acceder la entidad financiera demandada a alcanzar una solución transaccional con base en tales criterios, esta no puede pretender que los efectos de la declaración de abusividad, por falta de transparencia, de la cláusula suelo, solo se produzcan desde que se dicte la sentencia en dicho litigio. Como afirmábamos en la sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo, a partir de la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, ya no puede afirmarse la buena fe,

en sentido subjetivo, de las entidades financieras predisponentes, y por ello la obligación de devolver lo cobrado de más por la aplicación de esta cláusula suelo ha de producir sus efectos a partir del 9 de mayo de 2013.

10.3. Valoración jurídica.

Aplicando la mencionada doctrina jurisprudencial al caso que nos ocupa y partiendo de que concurren idénticas circunstancias de buena fe y riesgo de grave trastorno del orden público económico (riesgo todavía más evidente en el presente caso, habida cuenta el número de entidades bancarias afectadas); la condena a la restitución de las cantidades abonadas en aplicación de las cláusulas de limitación a la variabilidad de los tipos de interés, se ha de limitar a las cantidades indebidamente percibidas por las entidades bancarias demandadas desde la fecha de publicación de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013.

10.4. Prescripción.

LIBERBANK alega de forma subsidiaria la prescripción de la reclamación de cualesquiera cantidades anteriores a los cinco años en aplicación del art. 1966.3 CC.

Con carácter previo se ha de señalar que el precepto invocado por la actora, a saber, el art. 1966 CC regula la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de la obligación de pago. La doctrina entiende comprendidos en este precepto todas aquellas acciones para exigir pagos de forma periódica y sin superar el plazo de un año. Puesto que en el presente caso la parte actora no ejercita una acción de cumplimiento de una obligación de pago, sino una acción de restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de una cláusula nula el plazo de prescripción invocado no resulta de aplicación.

En cualquier caso se ha de señalar que, de conformidad con el art. 19. 1 LCGC las acciones colectivas de cesación y retractación son, con carácter general, imprescriptibles. Habida cuenta que la acción de reclamación de cantidades es accesoria de la acción de cesación, ha de seguir la misma suerte que la acción de principal, de forma que, no habiendo prescrito la acción principal, tampoco la accesoria.

UNDÉCIMO.- ACCIÓN DECLARATIVA.

11. 1. En lo que respecta a la acción declarativa, acción que la parte demandante manifiesta ejercitar en el escrito de demanda así como a lo largo de todo el procedimiento, se ha de señalar que se encuentra regulada en el art. 12. 4 LCGC, precepto que establece que *la acción declarativa se dirigirá a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción, cuando ésta proceda conforme a lo previsto en el inciso final del apartado 2 del artículo 11 de la presente Ley.*

De la interpretación conjunta de los apartados 2 y 8 del artículo 11 LCGC y del apartado 4 del artículo 12 LCGC se infiere que el *petitum* de la acción declarativa no puede consistir en el mero reconocimiento de que una cláusula tiene el carácter de condición general de la contratación, sino

que, además, se ha de solicitar que se condene al demandado a inscribir en el Registro las condiciones utilizadas.

Asimismo, de los mencionados preceptos legales se desprende que la acción declarativa sólo podrá estimarse cuando la inscripción en el Registro sea obligatoria de conformidad con el art. 11.2 in fine, precepto que establece que (...) *el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el Registro de las condiciones generales en determinados sectores específicos de la contratación.* Cuestión distinta es la verificación de que la cláusula impugnada en el escrito de demanda constituye una condición general de la contratación, labor previa al ejercicio de las acciones inhibitoria y de retractación que deberá realizar el juez aunque expresamente no se solicite en el escrito de demanda y sin necesidad del ejercicio de la acción declarativa.

1.1. 2. Partiendo de las anteriores consideraciones, dado que la parte demandante no ha solicitado en el *petitum* de la demanda el reconocimiento de las cláusulas litigiosas como condiciones generales de la contratación ni su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, no puede prosperar la acción declarativa en el caso que nos ocupa. Ello sin perjuicio de que, a los efectos de estimar la acción de cesación y como presupuesto necesario de la misma, se ha procedido a la declaración de las cláusulas suelo como condiciones generales de la contratación en el fundamento jurídico cuarto de la presente resolución.

DUODÉCIMO.- EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA.

12.1. Régimen jurídico.

En lo que respecta a los efectos de la sentencia estimatoria de la acción de cesación y restitución de cantidades, ante la inexistencia de una regulación específica relativa a la determinación del contenido de la sentencia en materia de condiciones generales de la contratación, se ha de acudir a la regulación general de la LEC y, en concreto, al artículo 221.1 LEC precepto que, bajo la rúbrica “sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios”, establece una serie de reglas a las que ha de sujetarse la sentencia.

12.2. En lo que respecta a la **declaración de nulidad como presupuesto de la estimación de la pretensión de cesación**, el artículo 221.1.2ª LEC dispone que, si se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada conducta (bien como presupuesto de la condena o bien como pronunciamiento principal) la sentencia determinará si la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso correspondiente.

El precepto establece, pues, la posibilidad de que el juez otorgue efectos generales a la declaración de ilicitud de la cláusula, extendiéndola a determinadas categorías de sujetos en los que concurren una serie de circunstancias objetivas tanto desde un punto de vista activo (clientes de otras entidades bancarias afectados por el mismo tipo de problema) como pasivo (empresarios o profesionales que llevan a cabo las mismas pautas de conducta censuradas por la resolución).

Ello no obstante, la jurisprudencia del TS se ha mostrado contraria a la extensión de efectos

cuando, como en el caso que nos ocupa, el carácter abusivo de la cláusulas se fundamenta en la insuficiencia de la información suministrada (sentencias del TS de 1 de julio de 2010 y de 9 de mayo de 2013). Es por ello que la declaración de nulidad de las cláusulas objeto del presente procedimiento ha de surtir efectos procesales limitados a las entidades bancarias demandadas en el presente procedimiento.

1.2.3. En lo que respecta a los **pronunciamientos de condena**, el 221.1.1º LEC establece que, cuando no sea posible determinar individualmente los consumidores beneficiados por la condena, la sentencia contendrá **los datos y características necesarios** para poder exigir la supresión de la cláusula, la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la misma y, en su caso, instar la ejecución o poder intervenir en ella.

En el presente caso, no es posible determinar en la sentencia los adherentes beneficiados por la declaración de nulidad, dado que, de conformidad con la jurisprudencia del TS no se ha declarado la nulidad de todas las cláusulas suelo, sino única y exclusivamente de aquellas que no superen el doble control de transparencia. Es por ello que, de conformidad con el 221.1.1º LEC se ha de precisar que se verán beneficiados por los pronunciamientos de condena de la presente resolución (y en consecuencia, podrán exigir la supresión de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la misma) todos aquellos consumidores que hayan suscrito un contrato de préstamo hipotecario con las entidades bancarias demandadas y en cuyas condiciones generales de la contratación se haya incluido una cláusula de limitación a la variabilidad de los tipos de interés idéntica a las transcritas en la presente resolución y no transparente.

En este punto se ha de precisar que por cláusulas idénticas ha de entenderse aquellas que, a pesar no de emplear el mismo texto ni las mismas palabras, sean sustancialmente iguales en cuanto a su contenido por producir el mismo efecto en cuanto a la limitación de la variabilidad de los tipos de interés.

1.2.4. Como señalábamos en el fundamento jurídico segundo, algunas de las entidades bancarias demandadas solicitan que, al amparo del 221.1.1º LEC, se excluya de la presente resolución a determinados adherentes, a saber:

- a) a aquellos que por su especial cualificación o experiencia (abogados, especialistas en finanzas, empleados de banca, promotores inmobiliarios, etc...) conozcan o tengan la posibilidad de conocer con sencillez el alcance y efectos de la cláusula suelo.
- b) a los titulares de subrogaciones de prestatarios en préstamos promotor con cláusula suelo preexistente, y de subrogaciones de la entidad en préstamos hipotecarios suscritos por otras entidades financieras con consumidores con cláusula suelo preexistente.
- c) los préstamos suscritos a partir del año 2009, momento en el que la utilización de las cláusulas suelo estaba completamente extendida en el mercado hipotecario y habían creado un enorme debate social, siendo un hecho público y notorio su conocimiento por parte de los consumidores.

Ello no obstante, la exclusión solicitada contraviene el control abstracto inherente a las acciones

colectivas ejercitadas en el presente procedimiento. En este sentido, se ha de señalar que, para realizarla habrían de examinarse circunstancias particulares de adherentes determinados (los calificados como adherentes especialmente cualificados por las entidades bancarias) o las concretas circunstancias que rodearon la celebración de los contratos (en el caso de las subrogaciones, novaciones y los préstamos suscritos a partir de 2009) para determinar si la inclusión de la cláusula en los contratos suscritos con respecto a esos concretos adherentes frustró o no las expectativas de los adherentes y, en definitiva, examinar si la entidad bancaria tenía o no un deber reforzado de transparencia. En definitiva, sería preciso realizar una valoración individualizada sobre la transparencia de las cláusulas suelo incorporadas a los contratos suscritos con dichos colectivos incompatible con el control abstracto inherente a las acciones colectivas objeto de presente procedimiento.

12.5. Por último, el art. 221.3º LEC establece que (...) *si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.*

Puesto que, como señalábamos en el fundamento jurídico cuarto, los consumidores y usuarios personados en el presente procedimiento no han ejercitado pretensiones propias, sino que intervienen como meros coadyuvantes de las acciones colectivas ejercitadas por la asociación de consumidores y usuarios demandante, motivo por el cual no procede efectuar el pronunciamiento del art. 221.3º LEC.

DECIMOTERCERO.- LA PUBLICIDAD DE LA SENTENCIA.

13.1. Por último, solicita ADICAE que se publique el fallo de la sentencia dictada, una vez firme junto con el texto de las cláusulas afectadas, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia, salvo que el Juez acuerde su publicación en ambos, con los gastos a cargo del demandado.

13.2. El art. 21 LCGC dispone que (...) *el fallo de la sentencia dictada en el ejercicio de una acción colectiva, una vez firme, junto con el texto de la cláusula afectada, podrá publicarse por decisión judicial en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia, salvo que el Juez o Tribunal acuerde su publicación en ambos, con los gastos a cargo del demandado y condenado, para lo cual se le dará un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia.*

Del tenor literal del precepto se desprende que la publicación no es automática, sino que es una potestad del órgano judicial que deberá adoptar teniendo en cuenta la finalidad que persigue la difusión de la sentencia, a saber, asegurar la difusión de la sentencia frente a terceros ajenos al procedimiento.

En ejercicio de esta potestad, la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 acordó no publicar las cláusulas cuya utilización se prohibía, habida cuenta que las cláusulas eran lícitas y que la estimación de la acción de cesación se había fundamentado en la falta de transparencia de las mismas. Por el

contrario, ordena la publicación del fallo en un diario en la forma indicada en la sentencia de la primera instancia sin que se aprecie utilidad real alguna de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

13.3. Trasladando los argumentos del TS al caso que nos ocupa y, dado que en el presente caso la estimación de la acción de cesación tampoco se fundamenta en la nulidad intrínseca de las cláusulas litigiosas sino en su falta de transparencia, no se considera procedente la publicación del texto de las cláusulas. Habida cuenta que el tenor literal del precepto ordena la publicación conjunta del fallo y el texto de las cláusulas (lo que por otro lado resulta congruente con la finalidad del precepto) en contra de la solución adoptada por el TS, tampoco se considera procedente ordenar la publicación del fallo de la sentencia.

DECIMOCUARTO.- RENUNCIA A LA ACCIÓN EJERCITADA FRENTE A BBVA, ABANCA y CAJAS RURALES UNIDAS.

Como señalábamos en los antecedentes de hecho de la presente resolución, al comienzo de la Audiencia Previa, ADICAE manifiesta la renuncia a la acción ejercitada frente a BBVA, ABANCA y CAJAS RURALES UNID

No considerándose legalmente inadmisibles dicha renuncia, de conformidad con el art. 20 LEC, ha de procederse, sin más al dictado de sentencia absolutoria.

DECIMOQUINTO.- COSTAS.

El art. 394.2 LEC dispone que *si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.*

En el presente caso, a la vista de la estimación parcial de la demanda, no procede la condena en costas. La estimación parcial se justifica en que: a) la misma no declara la nulidad de las cláusulas suelo en todo caso –como pedía la parte demandante- sino solamente cuando las cláusulas no sean transparentes (en este sentido, el FJ 20 de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 y el punto 10 del auto de nulidad del TS de 6 de noviembre de 2013); b) estima parcialmente la acción de restitución de cantidades, limitando los efectos retroactivos a la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 y; c) desestima la acción declarativa.

En cuanto a la acción ejercitada frente a BBVA, ABANCA y CAJAS RURALES UNIDAS, se ha de tener en cuenta que, de conformidad con el art. 394.1 LEC las costas se han de imponer a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecia, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o derecho. Habida cuenta que la renuncia viene motivada por la condena a las citadas entidades bancarias a la supresión de la cláusula suelo por la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 (sentencia estimatoria de una acción colectiva a instancias de una asociación de consumidores) y dado que el dictado de la citada resolución era totalmente imprevisible para la parte demandante en el momento de presentarse la demanda que ha dado origen al presente procedimiento, solo cabe concluir que concurren las dudas de hecho a las que hace

referencia el art. 394.2 LEC y, en consecuencia, no se efectúa condena en costas.

FALLO

1. Se estima parcialmente la demanda interpuesta por Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE),

E.

frente a LIBERBANK Y BANCO CASTILLA LA MANCHA , CAIXABANK SA Y BARCLAYS, KUTXABANK, CAJASUR,S.A, CAJA DE ONTIYENT, CAJA RURAL DE ZAMORA, CAJA RURAL DE ASTURIAS, CAJA RURAL DE EXTREMADURA, CAJA SAN VICENTE FERRER, BANCO MARE NOSTRUM, CAJA RURAL DE BETXI, CAJA RURAL CENTRAL, CAJA RURAL DE JAEN, UNICAJA, CEISS, CAJA RURAL DE TORRENT, IPAR KUTXA, CAJA RURAL DEL SUR, CAJA RURAL DE GRANADA, CAJA RURAL DE ALBACETE (GLOBAL CAJA), NUEVA CAJA RURAL DE ARAGON (BANTIERRA), CAJA DE ARQUITECTOS, CAJASIETE, CAJA SORIA, CAJA ALMENDRALEJO, CAJA RURAL DE TERUEL, CAJA RURAL GALLEGA, CAJA RURAL NAVARRA, CAJA RURAL DE CASTILLA LA MANCHA, CAJA RURAL DE BURGOS, CATALUYA BANK SA Y BANCO ETCHEVERRIA, BANKIA, BANCO SABADELL SA, BANCA PUEYO, BANCO CAMINOS SA, IBERCAJA, BANCA MARCH, BANCO SANTANDER, BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, TARGOBANK Y BANCO POPULAR- E, CREDIFIMO S.L. Y CELERIS y en consecuencia:

- a) Se declara la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores idénticas a las transcritas en el punto 1.3 del primer fundamento jurídico de la presente resolución, por falta de transparencia.
- b) Se condena a las entidades bancarias demandadas a eliminar las citadas cláusulas de los contratos en que se insertan y a cesar en su utilización de forma no transparente.
- c) Se declara la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las entidades bancarias demandadas en los que se haya incluido las cláusulas cuya utilización se ordena cesar.
- d) Se condena a las entidades bancarias demandadas a devolver a los consumidores perjudicados las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas a partir de la fecha de publicación de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, con los intereses que legalmente correspondan.

Sin expresa condena en costas.

2. Se desestima íntegramente la demanda presentada por ADICAE y otros contra las mercantiles BBVA, ABANCA y CAJAS RURALES UNIDAS, sin expresa condena en costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella pueden interponer recurso de apelación, dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior resolución por la Sra. Juez que la dictó, en audiencia pública, el mismo día de su fecha. Doy fe.

Anexo 5: Listado de 40 bancos.

Liberbank y Banco Castilla la Mancha, Caixabank S.A. y Barclays, Kutxabank, Cajasur S.A., Caja de Ontiyent, Caja Rural de Zamora, Caja Rural de Asturias, Caja Rural de Extremadura, Caja San Vicente Ferrer, Banco Mare Nostrum, Caja Rural de Betxi, Caja Rural Central, Caja Rural de Jaén, Unicaja, CEISS, Caja Rural de Torrent, Ipar Kutxa, Caja Rural del Sur, Caja Rural de Granada, Caja Rural de Albacete (GLOBAL CAJA), Nueva Caja Rural de Aragón (Bantierra), Caja de Arquitectos, Cajasiete, Caja Soria, Caja Almendralejo, Caja Rural de Teruel, Caja Rural Gallega, Caja Rural Navarra, Caja Rural de Castilla la Mancha, Caja Rural de Burgos, Catalunya Bank S.A. y Banco Etcheverria, Bankia, Banco Sabadell S.A., Banca Pueyo, Banco Caminos S.A., IberCaja, Banca March, Banco Santander, Banco Popular Español S.A., Targobank y Banco Popular, Credifimo S.L. y Celeris.

Anexo 6: Real Decreto 6/2012 – Código de Buenas Prácticas.

Artículo 6. Seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas.

1. El cumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades adheridas será supervisado por una comisión de control constituida al efecto.

2. La comisión de control estará integrada por once miembros:

a) Uno nombrado por el Ministerio de Economía y Competitividad con al menos rango de Director General, que presidirá la comisión y tendrá voto de calidad.

b) Uno designado por el Banco de España, que actuará como Secretario.

c) Uno designado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

d) Un juez designado por el Consejo General del Poder Judicial.

e) Un Secretario Judicial designado por el Ministerio de Justicia.

f) Un Notario designado por el Consejo General del Notariado.

g) Uno designado por el Instituto Nacional de Estadística.

h) Uno designado por la Asociación Hipotecaria Española.

i) Uno designado por el Consejo de Consumidores y Usuarios.

j) Dos designados por las asociaciones no gubernamentales que determinará el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que realicen labores de acogida.

La comisión de control determinará sus normas de funcionamiento y se reunirá cada vez que sea convocada por su Presidente, por propia iniciativa o a instancia de cuatro de sus miembros. Estará, asimismo, facultada para establecer su propio régimen de convocatorias.

3. Para la válida constitución de la comisión a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y adopción de decisiones, será necesaria la asistencia de, al menos, cinco de sus miembros, siempre que entre ellos figure el Presidente. Sus acuerdos se adoptarán por mayoría de sus miembros.

4. La comisión de control recibirá y evaluará la información que, en relación con los apartados 5 y 6, le traslade el Banco de España y publicará semestralmente un informe en el que evalúe el grado de cumplimiento del Código de Buenas Prácticas. Este informe deberá remitirse a la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados.

Asimismo, corresponderá a esta comisión la elaboración del modelo normalizado de declaración responsable a que se refiere la letra d) del artículo 3.3.

5. Las entidades adheridas remitirán al Banco de España, con carácter mensual, la información que les requiera la comisión de control. Esta información incluirá, en todo caso:

a) El número, volumen y características de las operaciones solicitadas, ejecutadas y denegadas en aplicación del Código de Buenas Prácticas, con el desglose que se considere adecuado para valorar el funcionamiento del Código.

b) Información relativa a los procedimientos de ejecución hipotecaria sobre viviendas de personas físicas.

c) Información relativa a las prácticas que lleven a cabo las entidades en relación con el tratamiento de la deuda hipotecaria vinculada a la vivienda de las personas físicas.

d) Las reclamaciones tramitadas conforme a lo previsto en el apartado siguiente.

La Comisión de Control podrá igualmente requerir a las entidades adheridas cualquier otra información que considere apropiada en relación con la protección de deudores hipotecarios.

6. Podrán formularse ante el Banco de España las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento por las entidades de crédito del Código de Buenas Prácticas, las cuales recibirán el mismo tratamiento que las demás reclamaciones cuya tramitación y resolución corresponde al citado Banco de España.

7. La Comisión podrá analizar y elevar al Gobierno propuestas relativas a la protección de los deudores hipotecarios.

Anexo 7: El Banco de España se pronuncia en el Senado.

“2.3. Préstamos hipotecarios a tipo de interés variable que incorporan acotaciones a las variaciones de los tipos de interés.

En este caso, la propia escritura de préstamo hipotecario incorpora límites a la variación de los tipos de interés, o a la de los índices de referencia.

En el caso de que la acotación sea a la baja, la cláusula fijará un tipo de interés que actuará como suelo del tipo pactado, con lo que se garantizan unos ingresos mínimos para la entidad que concede el crédito, sea cual sea la coyuntura de tipos en los mercados.

Son precisamente estas cláusulas las que, últimamente, han suscitado dudas acerca de su legalidad, ante la posibilidad de ser consideradas abusivas, en la medida en que impiden a los prestatarios vinculados por este tipo de pactos, beneficiarse en toda su amplitud de las bajadas de tipos que se han originado en la actual coyuntura económica.”

En cuanto al deber de información y transparencia del Banco sobre las cláusulas suelos en los préstamos hipotecarios;

“Más concretamente, en materia de préstamos hipotecarios es de especial relevancia la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, aplicable a los préstamos con personas físicas en los que la garantía hipotecaria recaiga sobre una vivienda, cuya cuantía no rebase los 150.253,03 € (sin perjuicio de que dicha Orden, al menos en materia de información al cliente, sea aplicada habitualmente por las entidades con carácter general a las operaciones de préstamo hipotecario, aunque rebasen esa cuantía). Cuando el tipo pactado en un préstamo hipotecario es variable, la citada Orden Ministerial establece que el correspondiente contrato deberá incluir necesariamente una cláusula 5 con el contenido obligatorio siguiente:

«Límites a la variación del tipo de interés aplicable.»

Cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites:

En términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo. Esta forma de expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo.

De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.»

La referencia de esta última a que el Notario deberá advertir expresamente de la existencia de tales límites, especialmente cuando los mismos no sean semejantes al alza y a la baja.

Para el caso de que, por su cuantía, el notario no hubiera hecho la advertencia correspondiente, habría que considerar los restantes medios puestos a disposición del cliente para que este adquiriera un conocimiento cabal de la operación y la redacción de la cláusula que, como se ha comentado, debe realizarse de manera clara y comprensible.

En todo caso, y sean cuales sean las causas y explicaciones que subyacen en la determinación de los umbrales o acotaciones, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, no ofrecen una protección efectiva para los clientes particulares del riesgo de subida de los tipos, debido a los altos niveles que alcanzan los techos.

En consecuencia, las acotaciones al alza, pese a alcanzar una parte significativa de la cartera, no tienen, en general, virtualidad como mecanismo de protección real y efectiva frente a incrementos de tipos de interés.

Sentado lo anterior, y como conclusión del presente informe, puede afirmarse que de acuerdo con la encuesta realizada el elemento determinante en la generación y utilización por parte de las entidades de la mayoría de las cláusulas con acotaciones (sean estas al alza y/o a la baja) a los tipos de interés de los préstamos hipotecarios con particulares, ha sido su propósito de asegurar la recuperación de los costes mínimos generados por estos productos en momentos de caídas muy pronunciadas de los tipos de interés o del negocio; y ello con la finalidad de proporcionar estabilidad a los resultados de la entidad.

Es evidente que ese objetivo puede provocar que en momentos de bajada sustancial de los tipos de interés los titulares de préstamos a tipo variable dejen de beneficiarse en cierto momento de esa reducción.

Por otra parte, las obligaciones de información al cliente que la normativa vigente impone a las entidades de crédito que incorporan estas cláusulas a sus contratos, su normalización ,y, en particular, la advertencia notarial sobre su contenido, pueden considerarse garantía adecuada para que el cliente pueda conocer con suficiente precisión el alcance de este elemento del coste financiero que asume.

(...) siempre que el prestatario haya sido informado de forma adecuada, no pueden considerarse limitativas de sus derechos.

En cuanto a la posible falta de reciprocidad o desproporción que pudieran derivar de cláusulas concretas incorporadas por las entidades a sus contratos de préstamos hipotecarios, cabe indicar:

El Banco de España no puede pronunciarse sobre esta cuestión, que en última instancia debe ser resuelta por los Tribunales de Justicia y que, en todo caso, requeriría un análisis individualizado de las concretas circunstancias de cada caso.”

Anexo 8: Sentencia Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.



Roj: STS 1916/2013
Id Cendoj: 28079119912013100009
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 485/2012
Nº de Resolución: 241/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

SENTENCIA

Sentencia Nº: 241/2013

Fecha Sentencia : 09/05/2013

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº : 485/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando Parcialmente

Votación y Fallo: 19/03/2013

Ponente Excmo. Sr. D. : Rafael Gimeno Bayón Cobos

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. José María Ramallo Seisdedos

Escrito por : ezp

CONSUMIDORES: CONDICIONES GENERALES ABUSIVAS; CLAUSULA SUELO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 485/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Gimeno Bayón Cobos

Votación y Fallo: 19/03/2013

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Ramallo Seisdedos

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA Nº: 241/2013

Excmos. Sres.:

D. Juan Antonio Xiol Ríos

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel



- D. José Antonio Seijas Quintana
- D. Antonio Salas Carceller
- D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
- D. Ignacio Sancho Gargallo
- D. Francisco Javier Orduña Moreno
- D. Rafael Sarazá Jimena
- D. Sebastián Sastre Papiol
- D. Román García Varela
- D. Xavier O' Callaghan Muñoz
- D. Rafael Gimeno Bayón Cobos

En la Villa de Madrid, a nueve de Mayo de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) el día siete de octubre de dos mil once, en el recurso de apelación 1604/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente el Ministerio Fiscal.

Asimismo ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), representada por la procuradora de los tribunales doña María José Rodríguez Teijeiro.

En calidad de parte recurrida ha comparecido Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, representada por la procuradora de los tribunales doña Ana Llorens Pardo

Igualmente en calidad de parte recurrida ha comparecido Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.), representada por el procurador de los tribunales don Guillermo García San Miguel Hoover.

Finalmente, también en calidad de parte recurrida, ha comparecido Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.), representada por el procurador de los tribunales don Rafael Silva López.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN A TRÁMITE

1. El procurador don Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), interpuso demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.).

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

Suplico al Juzgado: Que tenga por presentado este . con los documentos acompañados y copia de todo ello, lo admita, me tenga por comparecido en la representación que ostento de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO), mandado se entiendan conmigo las sucesivas diligencias, y por interpuesta en hábil y forma legal DEMANDA DE JUICIO VERBAL, EN EJERCICIO DE ACCIÓN COLECTIVA DE CESACIÓN DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN DEFENSA LO INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A, CAJA DE AHORRO GALICIA y CAJAMAR CAJA RURAL, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, se sirva admitirla y, previos los trámites procesales pertinentes, en su día sentencia por la que:

"1 - Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de la contratación descritas en los Hechos Primero, Segundo y Tercero de la presente demanda, es decir, de

las cláusulas de los contratos de préstamos a interés variable, celebrados con consumidores o usuarios, que establecen o un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia.

2.- Condene a las entidades financieras demandadas a eliminar dichas condiciones generales de la contratación, u otras que, en otros términos, establezcan el mismo contenido de determinar un tipo de interés mínimo a pagar por el prestatario, de las condiciones generales de los contratos de préstamo, y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

3.- Se ordene la publicación del fallo de la sentencia dictada en el presente procedimiento, junto con el texto de las cláusulas afectadas, con los gastos a cargo de los demandados y condenados, o en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, o en un periódico de los de mayor difusión de la provincia del Juzgado, o en ambos medios a la vez, de forma que esa publicación ocupe, en el caso del periódico, al menos, una página, en caracteres tipográficos que supongan un cuerpo o tamaño de letra superior a 10, en sistema informático Word, y tipo de letra "Times New Roman", para lo cual se les dará un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia.

4.- Ordene la inscripción registral de la sentencia y, en consecuencia, dicte mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que resulte competente, para la inscripción de la sentencia estimatoria de las acciones ejercitadas en el presente procedimiento en el citado Registro.

5.- Condene en costas a las demandadas, con expresa imposición ".

3.- Se ordene la publicación del fallo de la sentencia dictada en el presente procedimiento, junto con el texto de las cláusulas afectadas, con los gastos a cargo de los demandados y condenados, o en el Boletín Oficial del Registro

3. Con la demanda se aportaron copias simples de cuatro escrituras otorgadas por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, conteniendo, entre otras, las cláusulas que seguidamente serán transcritas

a) Escritura de préstamo hipotecario autorizada el 24 de julio de 2008 por el notario de Jerez de la Frontera don Juan Marín Cabrera, con el número de protocolo 1.100 (Capital prestado: 225.000 euros. Plazo de devolución: 240 meses. Tipo de interés vigente durante el "período de interés fijo": 6'35 % nominal anual durante un periodo de 6 meses).

Claúsula financiera

3ª - INTERESES ORDINARIOS. PERIODOS DE INTERES.

3.1. Devengo y vencimiento.

El deudor pagará intereses al Banco ("intereses ordinarios") sobre toda la cantidad prestada pendiente de vencimiento.

Esta obligación de pagar intereses vencerá en las mismas fechas indicadas para la amortización del principal, y ya establecidas en el Anexo I.

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina en esta cláusula y en la cláusula 3 bis.

3. 2. Importe absoluto de intereses.

En cada liquidación, el importe total de los intereses devengados se obtendrá, a partir del tipo de interés anual vigente, aplicando la fórmula siguiente: principal pendiente de pago multiplicado por el tipo de interés anual nominal, multiplicado por número de días del período de liquidación, partido por treinta y seis mil.

3. 3. Períodos de interés.

Para determinar el tipo nominal aplicable al devengo de los intereses ordinarios, la duración del préstamo se entiende dividida en "períodos de interés".

Los aludidos "períodos de interés" son el "período de interés fijo", coincidente con **los seis primeros meses** de la duración del préstamo, y los sucesivos "periodos de interés variable", cada uno de los cuales coincidirá con uno de los **SEMESTRES** restantes de dicha duración, y que comenzarán el día primero del próximo mes el "periodo de interés fijo", y el día **01 DE FEBRERO Y 01 DE AGOSTO**, de cada año los sucesivos "períodos de interés variable".

3. 4. Tipo nominal.



Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina a continuación y en la cláusula 3ª bis En cada uno de los periodos de interés definidos anteriormente, el valor de dicho tipo nominal se designa como "tipo de interés vigente" en el periodo, dentro del cual será invariable.

Durante el "**período de interés fijo**" el "tipo de interés vigente" será el **6,35%** nominal anual. A este mismo tipo se devengarán los intereses durante el período de ajuste previsto en el apartado 2.2.1.

La T.A.E. del préstamo figura, como *Anexo* al presente contrato.

3º BIS - TIPO DE INTERES VARIABLE. INDICE DE REFERENCIA.

3. bis. I. "Períodos de interés variable".

Cálculo del "tipo de interés vigente".

En cada "período de interés variable" el "tipo de interés vigente" será el tipo nominal, expresado en tasa porcentual anual, que se define a continuación y, en su defecto, el tipo nominal sustitutivo que también se define seguidamente, con indicación en ambos casos del índice de referencia y margen constante que se utilizan para la determinación del respectivo tipo nominal. A este tipo se le añadirá el importe que represente el tipo impositivo de cualquier tributo y/o recargo estatal o no estatal, que en el futuro grave las cantidades que el Banco deba satisfacer por la obtención de los recursos necesarios.

Para la realización de esos cálculos, no se efectuará en los índices de referencia ningún ajuste o conversión, aún cuando dichos índices correspondan a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la de los vencimientos pactados en esta escritura o incluya conceptos que estén previstos como concepto independiente en el préstamo objeto de este contrato.

1. TIPO NOMINAL POR APLICACIÓN DEL ÍNDICE DE REFERENCIA PRINCIPAL.

El índice de referencia principal es el tipo de interés del euro para operaciones de préstamo y crédito (EURIBOR) a **SEIS meses** de vencimiento, A efectos de lo establecido anteriormente, se entiende por EURIBOR (Euro Interbank Offered Rate) el tipo de interés, promovido por la Federación Bancaria Europea consistente en la media aritmética simple de los valores diarios con días de mercado para operaciones de depósitos en euros a plazo de **SEIS meses** y referido al día quince del mes anterior al comienzo de cada período de interés o al día siguiente hábil si aquél no lo fuese, calculado a partir del ofertado por una muestra de Bancos para operaciones entre entidades de similar calificación. A efectos de lo establecido anteriormente, se entiende por día hábil en el mercado interbancario en euros aquél en que funcione el sistema TARGET. Cuando en el mercado interbancario no hubiere disponibilidad de fondos al plazo establecido anteriormente, el tipo de referencia aplicable será el EURIBOR al plazo superior más cercano existente en la fecha de cálculo citada.

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el que se obtenga de adicionar un margen constante de 1,25 puntos porcentuales al valor del índice de referencia.

2. TIPO NOMINAL POR APLICACIÓN DEL ÍNDICE DE REFERENCIA SUSTITUTIVO

El índice de referencia sustitutivo será, en primer lugar, el índice de referencia que legalmente sustituya al inicial y, en segundo lugar y en defecto de normativa alguna al respecto, el tipo de interés medio, del mercado de depósitos en euros del que forme parte el Banco, para depósitos al mismo o similar plazo que la referencia a la que sustituye, publicado por el Ministerio de Economía y Hacienda, Banco de España o entidad pública o privada, española o comunitaria, designada para ello. Para calcular el tipo de interés aplicable, se seguirán las mismas reglas que para la referencia a la que sustituye.

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el que se obtenga de adicionar un margen constante de 1,25 puntos porcentuales al valor del índice de referencia.

3. TIPO NOMINAL POR IMPOSIBILIDAD DE APLICACION DE LOS INDICES DE REFERENCIA ANTERIORES.

Si en los 90 días naturales inmediatamente anteriores a la fecha inicial de cualquier período de interés, no hubiese sido publicado el índice de referencia principal, o hubiera sido publicado como inexistente o igual a cero, se utilizará el siguiente índice de referencia sustitutivo, y si tampoco se hubiese publicado éste en ese período de tiempo o su valor fuese igual a cero, el "tipo de interés vigente" en el nuevo periodo de interés será el mismo del periodo de interés anterior, cuya aplicación queda, por esta causa, prorrogada excepcionalmente".

Si para el período de interés siguiente persiste la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia previstos, sin

perjuicio de la aplicación del mismo "tipo de interés vigente" en el período anterior, la parte prestataria podrá reembolsar anticipadamente la totalidad del préstamo, y el Banco tendrá la facultad de declarar el vencimiento anticipado del mismo, y siempre que el pago, en el primer supuesto, o la declaración del Banco, en el segundo supuesto, se realice en los dos primeros meses del nuevo período de interés.

3. bis. 2. Modificaciones del "tipo de interés vigente".

Al iniciarse cada período de interés, el tipo vigente quedará determinado, automáticamente; por aplicación de las reglas anteriores, sin necesidad de ningún acuerdo o declaración de las partes.

No obstante, cuando el "tipo de interés vigente" para un período resulte distinto del aplicable en el período anterior, el Banco lo comunicará a la parte prestataria, antes de que concluya el primer mes del nuevo período. Se entenderá que el deudor acepta el nuevo tipo de interés aplicable si no comunica al Banco su negativa antes del inicio del nuevo período de interés. En el supuesto de no aceptación, el deudor deberá reembolsar la deuda pendiente, por todos los conceptos, antes del inicio del período de interés.

3. bis. 3. Límites a la variación del tipo de interés.

El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al **12,00 %** ni inferior al **2,50 %** nominal anual.

b) Escritura de préstamo hipotecario unilateral autorizada el 26 de octubre de 2007 por el notario de Callosa d'en Sarriá don Antonio Luis Mira Cantó, con el número de protocolo 1071 (Capital prestado: 141.514,10 euros. Plazo de devolución: 348 meses. Tipo de interés vigente durante el "período de interés fijo": 6'15 % nominal anual durante un periodo de 6 meses).

3ª.- INTERESES ORDINARIOS. PERIODOS DE INTERES

3.1. Devengo y vencimiento.

El deudor pagará intereses al Banco ("intereses ordinarios") sobre toda cantidad prestada pendiente de vencimiento.

Esta obligación de pagar intereses vencerá en las fechas al efecto indicadas en la cláusula 2ª.

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina en esta cláusula y en la cláusula 3ª bis.

3. 2. Importe absoluto de intereses.

En cada vencimiento del período de amortización, el importe absoluto de los intereses devengados desde el vencimiento anterior se calculará multiplicando el capital pendiente durante el plazo que media entre ambos vencimientos por el tipo de interés nominal anual (expresado en tanto por unidad) y por la duración de dicho plazo, expresada en años.

3. 3. Periodos de interés.

Para determinar el tipo nominal aplicable al devengo de los intereses ordinarios, la duración del préstamo se entiende dividida en "períodos de interés". El "período de interés inicial", coincidente con los **SEIS primeros meses** de la duración del préstamo, comenzará el día señalado en la cláusula 2.1 como inicio del cómputo del plazo del préstamo, y los sucesivos "períodos de interés variable", (el primero de los cuales comenzará el día siguiente al de la finalización del citado "período de interés inicial"), cada uno de los cuales comprenderá:

a) - **SEIS meses** , en caso de encontrarse el préstamo en la "Modalidad a Interés Variable",

b) - **TREINTA Y SEIS meses** , en el supuesto de encontrarse el préstamo en le "Modalidad a Interés constante".

En cada uno de los períodos de interés antes definidos el valor de dicho tipo nominal se designa como "tipo de interés vigente" en el período, dentro del cual será invariable.

Se entiende que los años, plazos y períodos en los que, en su caso, se divide el préstamo, son siempre sucesivos, sin solución de continuidad, y que el día inicial que en cada caso se indica está incluido en el cómputo.



Una vez transcurridos los **SEIS primeros meses** de la duración del préstamo, así como una vez en cada anualidad de la duración del préstamo, la parte prestataria podrá optar, para que tenga efecto en el período de interés inmediato siguiente, por una de las modalidades de tipo de interés antes expresadas: a) "Modalidad a Interés constante" o b) "Modalidad a Interés variable", en la forma y condiciones siguientes:

- Que notifique por escrito al Banco, con 15 días de antelación a la fecha de inicio del nuevo período de interés en el que habrá de aplicarse la modalidad de tipo de interés, indicando expresamente la modalidad de tipo de interés elegida. En todo caso, la "modalidad a Interés variable" sólo será de aplicación para el "período de interés variable" que se inicie el día equivalente al señalado como inicio del cómputo del plazo en la cláusula 2.1.

- Que se encuentre al corriente de sus obligaciones por razón del préstamo y que no tenga débitos vencidos pendientes de pago al BANCO por razón de otras operaciones.

Si la parte prestataria no ejercitara expresamente la opción de modalidad de tipo de interés, o si haciéndolo, indicara una modalidad que no reúna los requisitos y condiciones expuestos, se pacta expresamente que el préstamo se amortizará en la "modalidad a interés variable" en el periodo de interés inmediato siguiente. Esta misma "modalidad a interés variable" será de aplicación al préstamo que en su caso se encuentre en la "modalidad a interés constante" y finalice el correspondiente "de interés constante" sin que se haya ejercitado la opción de modalidad de acuerdo con las anteriores condiciones.

3. 4. Tipo nominal.

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina a continuación y en la cláusula **3ª bis**. En cada uno de los periodos de interés definidos anteriormente, el valor de dicho tipo nominal se designa como "tipo de interés vigente" en el período, dentro del cual será invariable

Durante el "**período de interés fijo**" el "tipo de interés vigente" será el **6'15 % nominal anual** A este mismo tipo se devengarán los intereses durante el período de ajuste previsto en el apartado 2.2.1.

La T.A.E. del préstamo figura como *Anexo* al presente contrato.

3º BIS - TIPO DE INTERÉS VARIABLE. ÍNDICE DE REFERENCIA.

3. bis.1. "Períodos de interés variable".

Cálculo del "tipo de interés vigente"

En cada "período de interés variable" el "tipo de interés vigente" será el tipo nominal, expresado en tasa porcentual anual, que se define a continuación y, en su defecto, el tipo nominal sustitutivo que también se define seguidamente, con indicación en ambos casos del índice de referencia y margen constante que se utilizan para la determinación del respectivo tipo nominal.

Para la realización de esos cálculos, no se efectuará en los índices de referencia ningún ajuste o conversión, aún cuando dichos índices correspondan a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la de los vencimientos pactados en esta escritura o incluya conceptos que estén previstos como concepto independiente en el préstamo objeto de este contrato.

REGLAS E ÍNDICES DE REFERENCIA.

(Los índices que a continuación se expresan están establecidos con carácter oficial en la Norma Sexta bis, número 3 de la Circular 8/90 del Banco de España, y se definen en el Anexo VIII de la misma a la que se remiten las partes. En todos los casos, se tomará el valor del último índice que en la fecha anterior más próxima a la fecha inicial del período haya sido publicado en el Boletín Oficial del Estado).

1. A. *Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés variable".*

ÍNDICE DE REFERENCIA PRINCIPAL: "REFERENCIA INTERBANCARIA A UN AÑO". ("EURIBOR").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el **valor** del último índice **adicionado en UN punto porcentual**.

1. B. *Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés constante".*

ÍNDICE "CONJUNTO DE ENTIDADES". ("Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el **valor** del último índice **adicionado en UN punto porcentual**.

2. *Índice de referencia sustitutivo tanto si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés variable" como en la modalidad a "Interés constante"*

ÍNDICE DE REFERENCIA SUSTITUTIVO: ÍNDICE "BANCOS". ("Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, de bancos").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el **valor** del último índice **adicionado en UN punto porcentual**.

3. TIPO NOMINAL POR IMPOSIBILIDAD DE APLICACION DE LOS INDICES DE REFERENCIA ANTERIORES.

Si en los 90 días naturales inmediatamente anteriores a la fecha inicial de cualquier período de interés, no hubiese sido publicado por el Banco de España, u Organismo que le hubiera sustituido o en quien se hubiese delegado esta función, el índice de referencia principal aplicable a la modalidad de tipo de interés vigente, o hubiera sido publicado como inexistente o igual a cero, se utilizará el siguiente índice de referencia sustitutivo, y si tampoco se hubiese publicado éste en ese período de tiempo o su valor fuese igual a cero, el "tipo de interés vigente" en el nuevo periodo de interés será el mismo del período de interés anterior, cuya aplicación queda, por esta causa, prorrogada excepcionalmente.

Si para el período de interés siguiente persiste la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia previstos, sin perjuicio de la aplicación del mismo "tipo de interés vigente" en el período anterior, la parte prestataria podrá reembolsar anticipadamente la totalidad del préstamo, y el Banco tendrá la facultad de declarar el vencimiento anticipado del mismo, sin que en el primer caso el Banco tenga el derecho a exigir el cobro de la comisión por reembolso anticipado, y siempre que el pago, en el primer supuesto, o la declaración del Banco, en el segundo supuesto, se realice en los dos primeros meses del nuevo período de interés.

3. bis. 2. Modificaciones del "tipo de interés vigente".

Al iniciarse cada período de interés, el tipo vigente quedará determinado, automáticamente, por aplicación de las reglas anteriores, sin necesidad de ningún acuerdo o declaración de las partes.

No obstante, cuando el "tipo de interés vigente" para un período resulte distinto del aplicable en el período anterior, el Banco lo comunicará a la parte prestataria, antes de que concluya el primer mes del nuevo período. La comunicación de estas modificaciones del "tipo de interés vigente" podrá entenderse realizada con la publicación en el Boletín Oficial del Estado del índice de referencia aplicable.

3. bis. 3. Límites a la variación del tipo de interés.

En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al **2'50 %**, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al **15 %** nominal anual.

3. bis. 4. Bonificación de tipo de interés.

El Banco manifiesta que el "tipo de interés vigente" aplicable en cada "período de interés" que resulte de acuerdo con las reglas y condiciones anteriores será objeto de una bonificación de tipo de interés equivalente a los puntos porcentuales del tipo de interés ordinario nominal anual que más adelante se indican, siempre que al menos una de las personas integrantes de la parte prestataria mantenga los productos o servicios bancarios que, a su expresa solicitud, tenga suscritos o domiciliados en el banco.

Para que en su caso se aplique la correspondiente bonificación [...]"

c) Escritura de novación de préstamo hipotecario autorizada el 1 de octubre de 2008 por el notario de Jávea don Antonio J. Jiménez Clar, con el número de protocolo 1.507 (Capital pendiente de amortización: 186.717,28 euros. Plazo de devolución: se amplía a 502 meses. Interés durante el "período de interés fijo": 6'35% nominal anual").

ESTIPULACIONES

PRIMERA .- Con efectos a partir del día **1 de noviembre de 2008** se modifican las condiciones del tipo de interés del préstamo pactadas en la citada escritura de préstamo, en la forma que resulta de lo que aquí se establece.

1. Creación de "Períodos de interés".

A partir de la fecha antes citada, y a efectos de determinar el tipo nominal aplicable al devengo de los intereses ordinarios, la duración del préstamo se entiende dividida en "períodos de interés aludidos" "períodos de interés" son el "período de interés fijo", coincidente con los **treinta y cinco** primeros meses de la duración restante del préstamo, y los sucesivos "períodos de interés variable", (el primero de los cuales comenzará el día siguiente al de la finalización del citado "período de interés fijo"), cada uno de los cuales comprenderá:

- a) - **seis** meses, en caso de encontrarse el préstamo en la "Modalidad a Interés Variable",
- b) - 36 meses, en el supuesto de encontrar- se el préstamo en le "Modalidad a Interés constante"

En cada uno de los períodos de interés antes definidos el valor de dicho tipo nominal se designa como "tipo de interés vigente" en el período, dentro del cual será invariable.

Se entiende que los años, plazos y períodos en los que, en su caso, se divide el préstamo, son siempre sucesivos, sin solución de continuidad, y que el día inicial que en cada caso se indica está incluido en el cómputo.

Una vez transcurridos los 35 primeros meses siguientes a la fecha de efecto antes citada, así como una vez en cada anualidad de la duración del préstamo, la parte prestataria podrá optar, para que tenga efecto en el período de interés inmediato siguiente, por una de las modalidades de tipo de interés antes expresa das: a) "Modalidad a Interés constante" o b) "Modalidad a Interés variable", en la forma y condiciones siguientes:

Que notifique por escrito al Banco, con 15 días de antelación a la fecha de inicio del nuevo período de interés en el que habrá de aplicarse la modalidad de tipo de interés, indicando expresamente la modalidad de tipo de interés elegida. En todo caso, la modalidad a "Interés variable" sólo será de aplicación para el "período de interés variable" que se inicie el día equivalente al señalado como fecha de efecto de las nuevas condiciones en e1 primer párrafo de esta cláusula primera.

Que se encuentre al corriente de sus obligaciones por razón del préstamo y que no tenga débitos vencidos pendientes de pago al BANCO por razón de otras operaciones.

Si la parte prestataria no ejercitara expresamente la opción de modalidad de tipo de interés, o si haciéndolo, indicara una modalidad que no reúna los requisitos y condiciones expuestos, se pacta expresamente que el préstamo se amortizará en la "modalidad a interés variable" en el periodo de interés inmediato siguiente. Esta misma "modalidad a interés variable" será de aplicación al préstamo que en su caso se encuentre en la "modalidad a interés constante" y finalice el correspondiente "periodo de interés constante" sin que se haya ejercitado la opción de modalidad de acuerdo con las anteriores condiciones.

2. Tipo nominal de intereses ordinarios.

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina a continuación. En cada uno de los períodos de interés definidos anteriormente, el valor de dicho tipo nominal se designa como "tipo de interés vigente" en el período, dentro del cual será invariable.

Durante el "período de interés fijo" el "tipo de interés vigente" será el **6,35%** nominal anual.

Cálculo del "tipo de interés vigente".

En cada "período de interés variable" el "tipo de interés vigente" será el tipo nominal, expresado en tasa porcentual anual, que para cada modalidad de tipo de interés se define a continuación y, en su defecto, el tipo nominal sustitutivo que también se define seguidamente, con indicación en ambos casos del índice de referencia y margen constante que se utilizan para la determinación del respectivo tipo nominal.

Para la realización de esos cálculos, no se efectuará en los índices de referencia ningún ajuste o conversión, aún cuando dichos índices correspondan a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la de los vencimientos pactados en esta escritura o incluya conceptos que estén previstos como concepto independiente en el préstamo objeto de este contrato.

REGLAS E INDICES DE REFERENCIA

(Los índices que a continuación se expresan están establecidos con carácter oficial en la Norma Sexta bis, número 3 de la Circular 8/90 del Banco de España, y se definen en el Anexo VIII de la misma a la que se remiten las partes. En todos los casos, se tomará el valor del último índice que en la fecha anterior más próxima a la fecha inicial del período haya sido publicado en el Boletín Oficial del Estado).

1. A.) Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés variable".

INDICE DE REFERENCIA PRINCIPAL: "REFERENCIA INTERBANCARIA A UN AÑO". ("EURIBOR").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en **1'50** puntos porcentuales.

1. B.) Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés constante"

INDICE "CONJUNTO DE ENTIDADES". ("Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en **1'50** puntos porcentuales.

2) Índice de referencia sustitutivo tanto si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés variable" como en la modalidad a "Interés constante"

INDICE DE REFERENCIA SUSTITUTIVO: ÍNDICE "BANCOS". ("Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, de bancos").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en **1'50** puntos porcentuales.

3) TIPO NOMINAL POR IMPOSIBILIDAD DE APLICACION DE LOS INDICES DE REFERENCIA ANTERIORES.

Si en los 90 días naturales inmediatamente anteriores a la fecha inicial de cualquier período de interés, no hubiese sido publicado por el Banco de España, u Organismo que le hubiera sustituido o en quien se hubiese delegado esta función, el índice de referencia principal aplicable a la modalidad de tipo de interés vigente, o hubiera sido publicado como inexistente o igual a cero, se utilizará el siguiente índice de referencia sustitutivo, y si tampoco se hubiese publicado éste en ese período de tiempo o su valor fuese igual a cero, el "tipo de interés vigente" en el nuevo período de interés será el mismo del período de interés anterior, cuya aplicación queda, por esta causa, prorrogada excepcionalmente.

Si para el período de interés siguiente persiste la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia previstos, sin perjuicio de la aplicación del mismo "tipo de interés vigente" en el período anterior, la parte prestataria podrá reembolsar anticipadamente la totalidad del préstamo, y el Banco tendrá la facultad de declarar el vencimiento anticipado del mismo, sin que en el primer caso el Banco tenga el derecho a exigir el cobro de la comisión por reembolso anticipado, y siempre que el pago, en el primer supuesto, o la declaración del Banco, en el segundo supuesto, se realice en los dos primeros meses del nuevo período de interés.

3. Modificaciones del "tipo de interés vigente"

Al iniciarse cada período de interés, el tipo vigente quedará determinado, automáticamente, por aplicación de las reglas anteriores, sin necesidad de ningún acuerdo declaración de las partes.

No obstante, cuando el "tipo de interés vigente" para un período resulte distinto del aplicable en el período anterior, el Banco lo comunicará a la parte prestataria, antes de que concluya el primer mes del nuevo período. La comunicación de estas modificaciones del "tipo de interés vigente" podrá entenderse realizada con la publicación en el Boletín Oficial del Estado del índice de referencia aplicable.

4. Límites a la variación del tipo de interés.

En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al **2,50%**, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés" Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al **15'00%** nominal anual.

5. Bonificación de tipo de interés.

El Banco manifiesta que el "tipo de interés vigente" aplicable en cada "período de interés" que resulte de acuerdo con las reglas y condiciones anteriores será objeto de una bonificación de tipo de interés equivalente a los puntos porcentuales del tipo de interés ordinario nominal anual que más adelante se indican, siempre que al menos una de las personas integrantes de la parte prestataria mantenga los productos o servicios bancarios que, a su expresa solicitud, tenga suscritos o domiciliados en el Banco [...]"

d) Escritura de préstamo con garantía hipotecaria autorizada el 10 de diciembre de 2007 por la notaria de Lepe doña Blanca Eugenia Barreiro Arenas, con el número de protocolo 2.206 (Capital prestado: 340.800 euros. Plazo de devolución: 380 meses más el período de ajuste. Interés inicial: 5,170 % durante un periodo de 6 meses).

3ª.- INTERESES ORDINARIOS. PERIODOS DE INTERES.

3.1. Devengo y vencimiento.

El deudor pagará intereses al Banco ("intereses ordinarios") sobre toda cantidad prestada pendiente de vencimiento.

Esta obligación de pagar intereses vencerá en estas fechas al efecto indicadas en la cláusula 2ª.

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina en esta cláusula y en la cláusula 3ª bis.

3.2. Importe absoluto de Intereses.

En cada vencimiento del período de amortización, el importe absoluto de los intereses devengados desde el vencimiento anterior se calculará multiplicando el capital pendiente durante el plazo que media entre ambos vencimientos por el tipo de interés nominal anual (expresado En tanto por unidad) y por la duración de dicho plazo, expresada en años.

3.3. Períodos de Interés.

Para determinar el tipo nominal aplicable al devengo de los intereses ordinarios, la duración del préstamo se entiende dividida en "períodos de interés". El "período de interés inicial", coincidente con los TRES primeros meses de la duración del préstamo, comenzará el día señalado en la cláusula 2.1 como inicio del cómputo del plazo del préstamo, y los sucesivos "períodos de interés variable", (el primero de los cuales comenzará el día siguiente al de la finalización del citado "período de interés inicial"), cada uno de los cuales comprenderá: a) - **SEIS meses** , en caso de encontrarse el préstamo en la "Modalidad a Interés Variable", b) - **TREINTA Y SEIS meses**, en el supuesto de encontrarse el préstamo en le "Modalidad a Interés constante".

En cada uno de los períodos de interés antes definidos el valor de dicho tipo nominal se designa como "tipo de interés vigente" en el periodo, dentro del cual será invariable.

Se entiende que los años, plazos y períodos en los que, en su caso, se divide el préstamo, son siempre sucesivos, sin solución de continuidad, y que el día inicial que en cada caso se indica está incluido en el cómputo.

Una vez transcurridos los TRES primeros meses de la duración del préstamo, así como una vez en cada anualidad de la duración del préstamo, la parte prestataria podrá optar, para que tenga efecto en el período de interés inmediato siguiente, por una de las modalidades de tipo de interés antes expresadas: a) "Modalidad a Interés constante" o b) "Modalidad a Interés variable", en la forma y condiciones siguientes:

Que notifique por escrito al Banco, con 15 días de antelación a la fecha de inicio del nuevo período de interés en el que habrá de aplicarse la modalidad de tipo de interés, indicando expresamente la modalidad de tipo de interés elegida. En todo caso, la "modalidad a Interés variable" sólo será de aplicación para el "período de interés variable" que se inicie el día equivalente al señalado como inicio del cómputo del plazo en la cláusula 2.1.

Que se encuentre al corriente de sus obligaciones por razón del préstamo y que no tenga débitos vencidos pendientes de pago al

BANCO por razón de otras operaciones.

Si la parte prestataria no ejercitara expresamente la opción de modalidad de tipo de interés, o si haciéndolo, indicara una modalidad que no reúna los requisitos y condiciones expuestos, se pacta expresamente que el préstamo se amortizará en la "modalidad a interés variable" en el periodo de interés inmediato siguiente. Esta misma "modalidad a interés variable" será de aplicación al préstamo que en su caso

se encuentre en la "modalidad a interés constante" y finalice el correspondiente "período de interés constante" sin que se haya ejercitado la opción de modalidad de acuerdo con las anteriores condiciones.

3.4. Tipo nominal.

Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina a continuación y en la cláusula 3 bis En cada uno de los períodos de interés definidos anteriormente, el valor de dicho tipo nominal se designa como "tipo de interés vigente" en el período, dentro del cual será invariable.

Durante el "**período de interés fijo**" el "tipo de interés vigente" será el **CINCO ENTEROS CON CIENTO SETENTA MILÉSIMAS DE OTRO ENTERO POR CIENTO (5,170%)** nominal anual. A este mismo tipo se devengarán los intereses durante el período de ajuste previsto en el apartado 2.2.1.

La T.A.E. del préstamo figura como *Anexo* al presente contrato.

3º BIS - TIPO DE INTERES VARIABLE. INDICE DE REFERENCIA

3 bis.1. "Períodos de interés variable".

Cálculo del "tipo de interés vigente".

En cada "período de interés variable" el "tipo de interés vigente" será el tipo nominal, expresado en tasa porcentual anual, que se define a continuación y, en su defecto, el tipo nominal sustitutivo que también se define seguidamente, con indicación en ambos casos del índice de referencia y margen constante que se utilizan para la determinación del respectivo tipo nominal.

Para la realización de esos cálculos, no se efectuará en los índices de referencia ningún ajuste o conversión, aún cuando dichos índices correspondan a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la de los vencimientos pactados en esta escritura o incluya conceptos que estén previstos como concepto independiente en el préstamo objeto de este contrato.

REGLAS E INDICES DE REFERENCIA

(Los índices que a continuación se expresan están establecidos con carácter oficial en la Norma Sexta bis, número 3 de la Circular 8/90 del Banco de España, y se definen en el Anexo VIII de la misma a la que se remiten las partes. En todos los casos, se tomará el valor del último índice que en la fecha anterior más próxima a la fecha inicial del período haya sido publicado en el Boletín Oficial del Estado).

1. A. Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés variable".

INDICE DE REFERENCIA PRINCIPAL: "REFERENCIA INTERBANCARIA A UN AÑO". ("EURIBOR").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en 0'60 puntos porcentuales.

1. B. Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés constante".

INDICE "CONJUNTO DE ENTIDADES". ("Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en 0,60 puntos porcentuales .

2. Índice de referencia sustitutivo tanto si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés variable" como en la modalidad a interés constante"

INDICE DE REFERENCIA SUSTITUTIVO: ÍNDICE "BANCOS". ("Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, de bancos").

Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en 0,60 puntos porcentuales .

3. TIPO NOMINAL POR IMPOSIBILIDAD DE APLICACION DE LOS INDICES DE REFERENCIA ANTERIORES.

Si en los 90 días naturales inmediatamente anteriores a la fecha inicial de cualquier período de interés, no hubiese sido publicado por el Banco de España, u Organismo que le hubiera sustituido o en quien se hubiese delegado esta función, el índice de referencia principal aplicable a la modalidad de tipo de interés vigente, o hubiera sido publicado como inexistente o igual a cero, se utilizará el siguiente índice de referencia sustitutivo, y si tampoco se hubiese publicado éste en ese período de tiempo o su valor fuese igual a cero, el «tipo de interés vigente» en el nuevo periodo de interés será el mismo del periodo de interés anterior, cuya aplicación queda, por esta causa, prorrogada excepcionalmente.

Si para el período de interés siguiente persiste la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia previstos, sin perjuicio de la aplicación del mismo "tipo de interés vigente" en el período anterior, la parte prestataria podrá reembolsar anticipadamente la totalidad del préstamo, y el Banco tendrá la facultad de declarar el vencimiento anticipado del mismo, sin que en el primer caso el Banco tenga el derecho a exigir el cobro de la comisión por reembolso anticipado, y siempre que el pago, en el primer supuesto, o la declaración del Banco, en el segundo supuesto, se realice en los dos primeros meses del nuevo período de interés.

3 bis. 2 Modificaciones del "tipo de interés vigente".

Al iniciarse cada período de interés, el tipo vigente quedará determinado, automáticamente, por aplicación de las reglas anteriores, sin necesidad de ningún acuerdo o declaración de las partes.

No obstante, cuando el "tipo de interés vigente" para un período resulte distinto del aplicable en el período anterior, el Banco lo comunicará a la parte prestataria, antes de que concluya el primer mes del nuevo período. La comunicación de estas modificaciones [...].

Sigue página en blanco que se corresponde con el folio 24 de la escritura en la que no se cuestiona se incluye la siguiente cláusula: "En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,25%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés"

4. También se aportó con la demanda copia de la escritura de subrogación, novación y ampliación de hipoteca otorgada por Caixa de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra, autorizada el 26 de julio de 2005 por el notario de Palma de Mallorca don Andrés Isern Estela, con el número de su protocolo 3.834, que contiene la siguiente cláusula:

PACTOS RELATIVOS A LA NOVACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO:

NOVACION MODIFICATIVA:

La Caja de Ahorros de Galicia, medio de su representante compareciente, juntamente con Don Sergio , con D.N.I. NUM000 y Doña Penélope , con D.N.I. NUM001 , por medio de la presente, en relación única y exclusivamente a la entidad número ocho DE ORDEN, descrita en el expositivo I de esta escritura, dejan modificada la escritura de préstamo hipotecario, reseñada en el apartado "extremo de cargas", en el sentido de modificar las estipulaciones relativas al capital, tipo de interés inicial, interés de demora, que en lo sucesivo será la siguiente:

I) . - PRIMERA.- Se **AMPLIA EL CAPITAL DEL PRÉSTAMO** en la cantidad de **CUARENTA Y NUEVE MIL SESENTA Y SEIS COMA SESENTA Y SIETE (49.066'67) EUROS** más, que la parte prestataria recibe a su satisfacción de la CAJA DE AHORROS DE GALICIA, ingresadas en la cuenta número **NUM002** , que la parte PRESTATARIA mantiene abierta en la CAJA, Sucursal **755 O.P. Palma de Mallorca** constituyendo esta escritura comunicación de abono suficiente a todos los efectos, en consecuencia, el capital del préstamo otorgado en su día por importe de **CIENTO CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES COMA TREINTA Y TRES (143.933'33) EUROS** queda fijado en. la cantidad de **CIENTO NOVENTA Y TRES MIL (193.000) EUROS**.

Como consecuencia de la ampliación del capital del préstamo, se modifica el apartado a) y d) de la cláusula NOVENA. - CONSTITUCION DE HIPOTECA de la escritura de préstamo, así como el importe de la total responsabilidad hipotecaria, y se incluye apartado de distribución de responsabilidad, conforme al tenor siguiente:

a) CIENTO NOVENTA Y TRES MIL (193.000) EUROS en garantía de la devolución del capital.

b) El pago de los intereses ordinarios, a razón del tipo determinado en las cláusulas TERCERA y TERCERA BIS, sujeto a las variaciones y límites previstos en las mismas, sin exceder del tipo máximo del **DIEZ (10)** por ciento anual, ni exceder del importe de los correspondientes a dos anualidades.

c) El pago de los intereses de demora, a razón del tipo previsto en la cláusula SEXTA, en relación con las cláusulas TERCERA y TERCERA BIS, sujeto a las variaciones y límites previstos en las mismas, sin exceder del tipo máximo del **DIECISEIS (16)** por ciento anual, ni exceder, computados conjuntamente con los intereses ordinarios garantizados hipotecariamente, del importe de los correspondientes a cinco anualidades de estos últimos.

[...]

TERCERA. - INTERESES ORDINARIOS:

1. El capital no devuelto devengará intereses al tipo nominal anual inicial del **TRES (3'0)** por ciento, que será de aplicación hasta el **TREINTA DE JULIO DE DOS MIL SEIS** inclusive.

A partir de esa fecha el plazo total del préstamo se dividirá en periodos de interés sucesivos, de duración anual, salvo el último, que se cerrará el día del vencimiento del préstamo.

Durante cada período de interés será de aplicación el tipo de interés nominal anual que resulte según las reglas previstas en la cláusula TERCERA BIS.

2. Los intereses se devengarán día por día, a partir del día de la fecha, inclusive. El día de la devolución del capital el reembolsado no devengará intereses.

Los intereses se liquidarán agrupados, desde el **UNO DE AGOSTO DE DOS MIL CINCO** inclusive, por conjuntos uniformes de treinta días, correspondientes a los sucesivos meses. A tal efecto de cada mes, trimestre, semestre y año se computarán exclusivamente, para incluir en la liquidación, 30, 90, 180 y 360 días, respectivamente, agrupando Febrero el último día de Enero y el primero de Marzo.

El pago se efectuará, sin requerimiento previo, el primer día del mes siguiente al que corresponde la liquidación. La que en su caso pueda corresponder a Febrero se pagará el dos de Marzo.

Los intereses correspondientes a la porción del período corriente se liquidarán y pagarán el **UNO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CINCO** los correspondientes a la porción del período corriente en la fecha de vencimiento del préstamo se liquidarán y pagarán en esa fecha.

3. El cálculo de los intereses correspondientes a cada período de liquidación se efectuará multiplicando el capital no devuelto por el tipo porcentual nominal de interés correspondiente al período y dividiendo el producto por cien.

El tipo porcentual nominal de interés para cada período de liquidación se determinará dividiendo el tipo de interés nominal anual por el número de períodos comprendidos en un año.

TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE:

1. El tipo de interés nominal anual vigente en cada período, que en ningún caso podrá exceder del **DIEZ (10%)** ni ser inferior al **DOS COMA SETENTA Y CINCO (2'75%)**, se determinará sumando el "margen" que seguidamente se indica al "tipo de referencia" que corresponda al período.

Con sujeción siempre a los límites máximo y mínimo a la variación del tipo de interés aplicable establecidos en el párrafo precedente, convenidos conjunta e inseparablemente por la CAJA y el PRESTATARIO, el margen a sumar al "tipo de referencia" en cada período será de **UNO COMA CINCUENTA (1'50)** puntos porcentuales. No obstante, este margen será de **CERO COMA CINCUENTA (0'50)** puntos porcentuales si (i) el PRESTATARIO contrata y mantiene, en los términos previstos en la letra a) del número 1 de la cláusula QUINTA, un Seguro Multirriesgo Hogar Continente distribuido por la CAJA; y (ii) durante todo el período de tiempo comprendido entre el inicio del período de interés anterior y el día uno del último mes del mismo, ambos inclusive, concurren en el PRESTATARIO, o en todos los PRESTATARIOS de ser éstos varios, al menos cuatro (4) de las siguientes circunstancias: [...]

5. Finalmente, con la demanda se aportó copia simple de una escritura de compraventa, subrogación y novación modificativa de préstamo hipotecario otorgada por Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito en escritura autorizada el 31 de marzo de 2007 por el notario de Málaga don José Ramón Recatalá Molés, con el número de su protocolo 2.190, que contiene la siguiente cláusula:

Tipo de interés inicial: El préstamo devengará un interés nominal anual del **3,414** por cien, que estará vigente hasta el día **QUE SE CUMPLAN 12 MESES DESDE LA FECHA DE FORMALIZACIÓN DE LA PRESENTE ESCRITURA.**

Periodicidad de revisión del tipo da interés: A partir de la primera revisión del tipo de interés, las demás revisiones se producirán con periodicidad **ANUALES**.

Diferencial sobre tipo de referencia: El tipo de interés aplicable al presente préstamo, en la primera revisión, así como en las sucesivas, se determinará **sumándole 0,500 PUNTOS** al tipo de referencia.

El tipo de interés que se tomara como referencia, para la primera y sucesivas revisiones, será **la última media mensual del Euribor a un año publicada en el Boletín Oficial del Estado o publicación de análoga naturaleza el día hábil anterior a la fecha de revisión**.

Se define como Euribor a un año la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósitos en Euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones en Entidades de similar calificación.

Para el supuesto de que por causas ajenas a las partes no pudiera obtenerse para algún período de revisión el tipo de referencia anteriormente indicado, se aplicará el que corresponda a la media simple de los tipos de interés medio ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro (I.R.P.H. cajas de ahorro), incrementado o disminuido en el mismo diferencial que se ha señalado anteriormente en esta cláusula, y en su defecto se mantendrá vigente el tipo de interés aplicable para el periodo inmediatamente anterior.

No obstante lo anterior, se establece que en las revisiones el tipo de interés nominal aplicable no será superior al **15,000** por cien anual, salvo que resulte de aplicar por penalización por demora, ni inferior al **3,250** por cien nominal anual [...].

6. La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla que la admitió a trámite, siguiéndose el procedimiento con el número de autos de juicio verbal 348/2010.

SEGUNDO: LAS PERSONACIONES Y OPOSICIONES A LA DEMANDA

7. En los expresados autos comparecieron las demandadas: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, representada por la procuradora de los tribunales doña María Dolores Romero Gutiérrez; Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.), representada por el procurador de los tribunales don Mauricio Gordillo Alcalá; y Caixa de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.), representada por la procuradora de los tribunales doña Marta Muñoz Martínez.

8. Todas ellas concurrieron a la vista señalada para el 7 de julio de 2010 y contestaron verbalmente a la demanda, oponiéndose a la misma y suplicando su desestimación con expresa imposición de las costas causadas.

TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA

9. Seguidos los trámites oportunos, el día treinta de septiembre de dos mil diez recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando la demanda formulada por AUSBANC, representada por Procurador Sr/a. Pérez Sánchez frente a las entidades BBVA, representada por Procurador Sr/a. Romero Rodríguez, CAJAMAR, representada por Procurador Sr/a. Gordillo Alcalá, y CAIXA GALICIA, representada por Procurador Sr / a. Muñoz Martínez, debo declarar y declaro lo siguiente:

1° Declaro La NULIDAD, por abusivas, de las denominadas "cláusulas suelo" de autos, en los préstamos hipotecarios a interés variable con consumidores, celebrados por las entidades BBVA, LA CAIXA Y CAJAMAR, dado el desfase apreciado de las mismas en relación a las cláusulas techo que las acompañan, de conformidad con lo dispuesto en la fundamentación de esta resolución.

Condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración.

2° Condono a BBVA, LA CAIXA Y CA JAMAR a la eliminación de dichas condiciones generales de la contratación y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en sus contratos de préstamo hipotecario con consumidores y usuarios.

3° Ordeno la publicación del fallo de la presente sentencia, una vez firme, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, así como en un diario de los de mayor difusión de la provincia, con tamaño de letra del núm. 10 o superior, todo ello a cargo de la demandada y en el plazo de 15 días desde la notificación de la sentencia.



4º Inscribese, asimismo, la presente sentencia estimatoria, junto con el texto de las cláusulas afectadas de autos, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, expidiéndose los mandamientos oportunos, y a cargo asimismo de la parte demandada.

Llévense a efecto la expedición de mandamientos señalados una vez sea firme la presente.

5º Se imponen las costas a las demandadas condenadas

CUARTO: LA PERSONACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL Y LA SENTENCIA DE APELACIÓN

10. Contra la anterior resolución interpusieron recurso de apelación las representaciones de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caixa de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.), siguiéndose los trámites ante la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) con el número de recurso de apelación 1604/2011 .

11. En el recurso se personó el Ministerio Fiscal por entender afectado el interés social, siendo tenido por parte interviniente por auto de 21 de junio de 2011.

12. El siete de octubre de dos mil once recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores de los Tribunales D. Mauricio Gordillo Alcalá en nombre y representación de la demandada CAJAMAR CAJA RURAL S.C.C., Dª. Marta Muñoz Martínez en nombre y representación de la entidad CAJA DE AHORROS DE GALICIA, VIGO, ORENSE Y PONTEVEDRA, y Dª. Mª. Dolores Romero Gutiérrez en nombre y representación de la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., contra la Sentencia dictada el día 30 de septiembre de 2010 , por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Sevilla, en los autos de juicio verbal N° 348/10, de los que dimanar estas actuaciones, debemos revocar y revocamos la citada Resolución y, en consecuencia, con desestimación de la demanda formulada por el Procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez en nombre y representación de la entidad ASOCIACION DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO), y a la que se ha adherido el MINISTERIO FISCAL mediante su personación en esta alzada, declaramos que no ha lugar a la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores y usuarios por las entidades demandadas que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, y absolvemos a las tres entidades demandadas de las pretensiones contra las mismas deducidas en la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ninguna de las dos instancias.

QUINTO: LOS RECURSOS

13. Contra la expresada sentencia el procurador de los tribunales don Juan Ramón Pérez Sánchez, en nombre y representación de Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios, interpuso:

a) Recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1 2º LEC).

Segundo: Infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso (artículo 469.13º LEC).

Tercero: Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la constitución (artículo 469.1 4º LEC).

b) Recurso de casación *con apoyo, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, estructurado en cuatro apartados que enumera a modo de submotivos en los siguientes términos:*

Primero: Porque la Sentencia recurrida se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la perpetuación de la jurisdicción y la perpetuación de la legitimación, infringiendo lo dispuesto en los artículos 410 y 413.1 de la LEC

Segundo: Porque también se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas de los préstamos hipotecarios recogidas en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios (en adelante, la Orden de Transparencia), lo que supone infracción del artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC)

Tercero: Porque también se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de un control judicial de las cláusulas referidas a la definición del objeto del contrato, lo que lesiona de nuevo al artículo 1.1 de la LCGC

Cuarto: Porque aplica normas que no llevan más de cinco años en vigor, como son el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (Ley de Mejora)

14. También recurrió la indicada sentencia el Ministerio Fiscal que interpuso recurso de casación con apoyo en un único motivo referido a la infracción por inaplicación del artículo 82.4.c) del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, en relación con el artículo 8.2 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación.

15. Por auto de dieciséis de diciembre de dos mil once, fue rechazada la intervención de ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CONSUMIDORES DE ESPAÑA "CAUSA COMÚN" con base a tratarse de una asociación carente de representatividad y creada por AUSBANC CONSUMO para tratar de eludir los efectos de la sentencia dictada el 6 de octubre de 2010 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional

SEXTO: ADMISIÓN DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN

16. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de recurso de casación 485/2012.

17. En el rollo de casación se personaron el Ministerio Fiscal y la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios, esta última bajo la representación de la procuradora doña María José Rodríguez Teijeiro,

18. El día ocho de enero de dos mil trece la Sala dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

1º) Admitir el Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada con fecha 7 de octubre de 2011 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta), en el rollo de apelación nº 1604/2011 , dimanante del juicio verbal nº 348/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla.

2º) Admitir los Recursos extraordinario por infracción procesal y de Casación interpuestos por la representación procesal de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LOS SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO) contra la Sentencia dictada con fecha 7 de octubre de 2011 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta), en el rollo de apelación nº 1604/2011 , dimanante del juicio verbal nº 348/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla.

3º) De conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 474 y 485 LEC 2000 , entréguese copias de los escritos de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

19. Dado traslado de los recursos, la procuradora doña Ana Llorens Pardo en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, el procurador don Guillermo García San Miguel Hoover en nombre y representación de Cajamar Caja Rural, S.C.C. (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.), y el procurador don Rafael Silva López en nombre y representación de Caixa de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.) presentaron escritos de impugnación con base en las alegaciones que entendieron oportunas.

SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO

20. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día diecinueve de marzo, deliberándose por el pleno de esta Sala.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Bayón Cobos, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NOTA PREVIA: En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes abreviaturas y acrónimos:

Art, artículo

AUSBANC, Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios Ausbanc Consumo.



BBVA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA.

Cajas Rurales, Cajamar Caja Rural, S.C.C. (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.)

CC, Código Civil

CCom, Código de Comercio

CE, Constitución Española.

Directiva 93/13, Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

EM, Exposición de Motivos.

IBE, informe del Banco de España publicado en el BOCG, Senado, nº 457, de 7 de mayo de 2010, sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, a fin de dar respuesta a la moción aprobada el 23 de septiembre de 2009 por el Pleno del Senado, en la que se instaba al Gobierno a actuar contra las prácticas abusivas que algunas entidades de crédito vienen realizando con sus clientes en relación a la revisión de la cuota de sus hipotecas.

IC 2000, Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

LCU, Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

LCGC, Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LOPJ, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

NCG, Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.)

OM, Orden Ministerial.

TRLUCU, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

STC, sentencias del Tribunal Constitucional.

STJUE, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS, sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo.

PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES

1. Previo: las cláusulas suelo en los préstamos a interés variable

21. 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 o 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); y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.

22. 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.

23. 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 tope máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario.

24. Con relación a estas últimas -únicas que son objeto de litigio-, las fórmulas utilizadas varían pero 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.

25. 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.

2. Hechos

26. Los hechos litigiosos, en lo que interesa a efectos de esta sentencia, en síntesis, son los siguientes:

a) En pluralidad de contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores o usuarios, el BBVA ha incluido las cláusulas transcritas en el apartado 3 del antecedente de hecho primero de esta sentencia.

b) Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U. y en lo sucesivo NCG), ha incorporado a pluralidad de contratos de préstamo con garantía hipotecaria a tipo variable celebrados con consumidores o usuarios, la cláusula contractual transcrita en el apartado 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia.

c) Cajas Rurales ha incorporado a una pluralidad de contratos de préstamo con garantía hipotecaria a tipo variable celebrados con consumidores o usuarios, la cláusula contractual transcrita en el apartado 5 del antecedente de hecho primero de esta sentencia.

3. Posición de la demandante

27. AUSBANC interpuso una demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA (en lo sucesivo BBVA), Cajamar Caja Rural, S.C.C. (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y en lo sucesivo Cajas Rurales Unidas) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U. y en lo sucesivo NCG) por la que ejercitaba una acción colectiva de cesación de condiciones generales de contratación, en la que solicitaba la declaración de nulidad por tener carácter abusivo, de las condiciones generales de contratación consistentes en las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, celebrados con consumidores y usuarios, que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia (cláusulas suelo), solicitando la condena de las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de contratación y abstenerse de utilizarlas en el futuro.

4. Posición de las demandadas

28. Las demandadas se opusieron y suplicaron la desestimación de la demanda en los términos que se transcriben en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia con fundamento en: a) la falta de legitimación activa de la demandante; b) la prejudicialidad administrativa; c) la naturaleza de las cláusulas por no ser condiciones generales de la contratación; d) la inaplicabilidad de la normativa sobre condiciones abusivas al regular elementos esenciales de los contratos; y e) el carácter no abusivo de las cláusulas impugnadas.

5. La sentencia de la primera instancia

29. La sentencia de primera instancia rechazó la falta de legitimación de AUSBANC y estimó que las denominadas "cláusulas suelo" existentes en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados por las demandadas con los consumidores, debían considerarse condiciones generales integradas en una pluralidad de contratos, elaboradas de forma unilateral y previa por el predisponente operador bancario y, atendido el desfase en relación con las "cláusulas techo", las declaró abusivas y condenó a las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de contratación y a abstenerse a utilizarlas en lo sucesivo.

6. La sentencia de la segunda instancia

30. La sentencia de la segunda instancia rechazó la legitimación activa de AUSBANC para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios por no estar inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. No obstante, al haberse personado el Ministerio Fiscal en defensa de los intereses generales, entró en el fondo del asunto y rechazó que las cláusulas suelo y techo tuviesen naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas porque entendió que: a) las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación, por ser un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; b) no existir imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; c) no tener carácter abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes.

7. Los recursos

31. AUSBANC interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación y el Ministerio Fiscal recurso de casación.

8. Admisibilidad de los recursos

32. El segundo párrafo del artículo 474 LEC dispone que "[e]n el escrito de oposición [al recurso extraordinario por infracción procesal] se podrán alegar también las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el tribunal [...]", y el segundo párrafo del artículo 485 LEC que "[e]n el escrito de oposición [al recurso de casación] también se podrán alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal", lo que determina la improcedencia del examen de las causas de inadmisibilidad que ya fueron rechazadas por el auto de esta Sala de 8 de enero de 2013 por el que se admitieron los recursos.

9. Estructura de la sentencia

33. Razones sistemáticas aconsejan analizar en primer término la legitimación de AUSBANC para interponer los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

34. En el supuesto de estimar que la misma está legitimada para recurrir, procede examinar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por AUSBANC.

35. Seguidamente analizaremos de forma conjunta las cuestiones que plantean la sentencia y los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y AUSBANC, sin ajustarnos formalmente a los mismos.

SEGUNDO: LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA DEMANDANTE

1. Previo

1.1. Antecedentes de hecho.

36. Para enmarcar la cuestión a decidir conviene fijar los siguientes hechos, que no han sido controvertidos:

a) Por resolución de 5 de octubre de 2005, la Subdirección General de Normativa y Arbitraje de Consumo acordó excluir a AUSBANC del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (en adelante el Registro). Dicha resolución fue confirmada por la del Ministerio de Sanidad y Consumo de 9 de mayo de 2006.

b) Interpuesto recurso contencioso administrativo, el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 3 dictó auto el 10 de octubre de 2006, acordando la suspensión cautelar de la resolución administrativa.

c) El 6 de mayo de 2009 el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo dictó sentencia, que confirmó la exclusión de AUSBANC del referido Registro en los siguientes términos: "[F]ALLO: Que, desestimando el recurso contencioso administrativo suscitado contra las resoluciones de 5 de octubre de 2005 y de 9 de mayo de 2006 del Instituto Nacional del Consumo, por medio de las cuales se excluía a AUSBANC CONSUMO del Libro Registro de Asociaciones de Consumidores, las confirmo por ser ajustadas a Derecho; al mismo tiempo y por medio de esta Sentencia, una vez que sea firme, queda revocado el Auto de suspensión cautelar de dichas resoluciones administrativas dado por este mismo Juzgado Central con fecha 10/10/06, recobrando aquéllas su plena ejecutividad

d) La sentencia fue confirmada por la sentencia firme de la Audiencia Nacional (Sección cuarta de lo Contencioso Administrativo) de 6 de octubre de 2010 en los siguientes términos: "[F]ALLAMOS Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de apelación nº. 401/09 interpuesto por la ASOCIACION DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO), representado por la Procuradora D^a. María José Rodríguez Teijeiro, contra la sentencia de 6 de mayo de 2009, recaída en el recurso tramitado por procedimiento ordinario 49/06, seguido en el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 3, sentencia que declaramos conforme a derecho, denegando las pretensiones de la apelante; sin condena en costas".

37. También son hechos que delimitan la controversia los siguientes:

a) La demanda inicial del presente pleito, fue interpuesta el 6 de abril de 2010, estando vigente la suspensión cautelar de la decisión administrativa de excluir a la demandante del Registro.

b) La demanda fue admitida a trámite y, seguido el procedimiento con el número de autos de juicio verbal 348/2010, el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla dictó sentencia estimatoria de la demanda el 30 de Septiembre de 2010, fecha en la que la decisión de excluir del Registro a la demandante estaba suspendida cautelarmente.

1.2. Delimitación de la controversia.

38. La sentencia recurrida rechazó la legitimación activa de AUSBANC para demandar en juicio la defensa de los intereses de consumidores y usuarios porque: a) la legitimación de la demandante es un

presupuesto del proceso que debe concurrir en el momento de interposición de la demanda y debe mantenerse a lo largo del proceso; b) para el ejercicio de acciones para la defensa de los intereses difusos de consumidores y usuarios es precisa una legitimación extraordinaria; c) esta legitimación se reconoce de forma específica a las asociaciones inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios; d) en el momento de dictarse la sentencia de apelación AUSBANC no tenía la condición de asociación de consumidores y usuarios a efectos de ejercitar las acciones de cesación previstas en la LCGC, al no figurar inscrita en el referido Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios; y e) como consecuencia de ello sólo podía representar los intereses de la asociación y de sus asociados, pero carecía de legitimación para ejercitar acciones colectivas en defensa de intereses generales y difusos de los consumidores.

39. Por ello, antes de examinar la procedencia o no de los demás motivos de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por AUSBANC, es preciso examinar si la recurrente está legitimada activamente para sostenerlos.

40. A mantener su legitimación AUSBANC dedica la segunda parte del

tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal y el primero de los motivos del recurso de casación que seguidamente analizaremos.

1.3. Las alegaciones extravagantes.

41. Finalmente, antes de entrar en el análisis de la legitimación de la recurrente, a fin de salir al paso de algunos alegatos del recurso, dada su desconexión con la argumentación de la sentencia recurrida, conviene recordar que esta:

a) No ha cuestionado que para la existencia y reconocimiento de la personalidad de la asociación recurrente no es precisa su inscripción ni en el registro de asociaciones ni el de asociaciones de consumidores y usuarios, ya que no tiene efectos constitutivos, de conformidad con lo previsto en el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, a cuyo tenor "[e]l acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los Estatutos, habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado. Con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción [...]".

b) Tampoco ha cuestionado que, según el artículo 2 de los estatutos de la demandante, modificados por Asamblea General Extraordinaria de 27 de junio de 2005, la asociación, entre otros, tiene como fin estatutario la defensa de los derechos e intereses legítimos de los usuarios de los servicios prestados por las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito, y estaba inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

c) Finalmente, no deniega la legitimación de AUSBANC con base en el Real Decreto 825/1990, de 22 de junio.

2. Enunciado y desarrollo del tercer motivo (segundo submotivo) del recurso extraordinario por infracción procesal.

42. El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por AUSBANC se enuncia en los siguientes términos:

Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (artículo 469.1 4º LEC).

43. En el apartado 2º del motivo, la recurrente sostiene que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por la negación de legitimación activa concurriendo en mi mandante todos los requisitos para ostentarla, con infracción de la doctrina en relación con la perpetuación de la jurisdicción y la legitimación, ya que, en el momento de presentación de la demanda y en el de su admisión a trámite, el acto administrativo por el que se excluyó a AUSBANC del Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores y Usuarios estaba en suspenso.

44. También afirma que se han infringido los artículos 410 y 413.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

3. Enunciado y desarrollo del primer motivo del recurso de casación

45. El primer motivo del recurso de casación interpuesto por AUSBANC se enuncia en los siguientes términos:

Porque la Sentencia recurrida se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la perpetuación de la jurisdicción y la perpetuación de la legitimación, infringiendo lo dispuesto en los artículos 410 y 413.1 de la LEC

46. En su desarrollo la recurrente reitera que la sentencia recurrida no ha apreciado que, en el momento de presentación de la demanda y en el de su admisión a trámite la resolución que acordaba su exclusión estaba suspendida cautelarmente, por lo que la sentencia, afirma, infringe las reglas sobre la perpetuación de la jurisdicción y de la legitimación.

47. A lo expuesto añade que la inscripción registral, tanto en el registro de asociaciones, como en el registro de asociaciones de consumidores y usuarios, no tiene efectos constitutivos para la asociación y que el principio de jerarquía normativa y el contenido del concepto de "beneficios", impide apreciar la falta de legitimación con base en el Real Decreto 825/1990, de 22 de junio.

4. Valoración de la Sala (recurso de casación)

4.1. Ámbito del recurso de casación

48. Esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones que el sistema de recursos de la vigente LEC no es coincidente con la distinción entre "infracción de Ley" y "quebrantamiento de las formas esenciales del juicio" de la Ley de 1881, correspondiendo al extraordinario por infracción procesal el control de las cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, que comprende las normas referidas a la legitimación, en cuanto constituye un presupuesto vinculado al fondo del asunto, pero de tratamiento preliminar, de tal modo que los aspectos atinentes a la legitimación (ordinaria o extraordinaria) se encuadran dentro de la actividad procesal y su control debe articularse por el recurso extraordinario por infracción procesal -en este sentido SSTS 764/2012, de 12 de diciembre, RC 857/2010, y 78/2013 de 26 de febrero, RC 1082/2010 -

4.2. Desestimación del motivo.

49. La razón expuesta aboca a la desestimación de plano del primer motivo del recurso de casación, ya que en él se plantean dos cuestiones -la perpetuación de la jurisdicción y de la legitimación- que son en todo caso procesales, como lo evidencia la naturaleza de los preceptos que la recurrente afirma vulnerados -los artículos 410 y 413 LEC -. Como señala la Exposición de Motivos LEC "las infracciones de leyes procesales" quedan fuera de la casación.

5. Valoración de la Sala (perpetuatio iurisdictionis)

5.1. La perpetuatio iurisdictionis.

50. En nuestro sistema, la litispendencia provoca la perpetuatio facti (perpetuación del hecho o estado de las cosas), la perpetuatio iurisdictionis (perpetuación de la jurisdicción), la perpetuatio legitimationis (perpetuación de la legitimación), la perpetuatio obiectus (perpetuación del objeto), la perpetuatio valoris (perpetuación del valor) y la perpetuatio iuris (perpetuación del derecho), de tal forma que, como regla, la decisión del tribunal debe referirse a la situación de hecho y de derecho existente en el momento de interposición de la demanda, en el supuesto de que la misma fuese admitida (en este sentido, SSTS 427/2010, de 23 de junio (RC 320/2005), 760/2011, de 4 de noviembre (RC 964/2008), y 161/2012, de 21 de marzo (RC 473/2009)).

51. Tratándose de la perpetuatio iurisdictionis [perpetuación de la jurisdicción], como afirma la sentencia 427/2010, de 23 de junio, RC 320/2005, la litispendencia es determinante de la permanencia de los presupuestos que determinaron la jurisdicción y competencia del tribunal, con arreglo a los que inició su tramitación, de forma tal que una variación en las mismas no permite la revisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 411 LEC, a cuyo tenor «[l]as alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia».

5.2. El principio pro actione.

52. El Tribunal Constitucional ha afirmado de manera constante que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE comporta, como contenido esencial y primario, el de obtener de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, pero no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino que es un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador, que cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación



de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe configurar la actividad judicial y, más concretamente, el proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la defensa de derechos e intereses legítimos (en este sentido STC 20/2012, de 16 de febrero).

53. De ahí que el derecho a la tutela judicial efectiva quede satisfecho cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando razonadamente la concurrencia en el caso de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley, y que las decisiones judiciales de terminación del proceso sean constitucionalmente legítimas siempre que el razonamiento responda a una interpretación de las normas legales conforme a la efectividad del derecho fundamental.

54. Ahora bien, conforme al principio *pro actione* [a favor de la acción], entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y los intereses que sacrifican, los cánones del control de constitucionalidad de las decisiones judiciales son más estrictos cuando se trata de acceso a la jurisdicción, a diferencia de aquellos supuestos en los que el recurrente ha obtenido ya una primera respuesta judicial (en este sentido STC 38/2010, de 19 julio), ya que el derecho a la jurisdicción "*no consiente interpretaciones y aplicaciones de los requisitos legales caracterizadas por el rigorismo, el formalismo o la desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia del cierre del proceso que conllevan, con eliminación u obstaculización injustificada del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la pretensión a él sometida*" (STC 231/2012, de 10 de diciembre).

5.3. Desestimación del motivo.

55. En el presente supuesto, la sentencia recurrida no rechaza la jurisdicción del tribunal para decidir. Antes al contrario, mantiene la propia jurisdicción pero al analizar la concurrencia de los requisitos exigibles para la subsistencia del proceso, razona la falta de legitimación de AUSBANC para demandar la tutela impetrada. En consecuencia la cuestión litigiosa se desplaza sobre la adecuación de la resolución acerca de la legitimación, a la luz del principio *pro actione*.

6. Valoración de la Sala (*perpetuatio legitimationis*)

6.1. La legitimación como presupuesto del proceso.

56. La legitimación activa *ad causam* [para el proceso] *consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte, se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar*" - STS 634/2010, de 14 de octubre (RC 1643/2006)-. Como afirma la STS 613/2008, de 2 de julio (RC 1354/2002) " *es un presupuesto preliminar del proceso susceptible de examen previo al de la cuestión de fondo, aunque tiene que ver con ésta. Debe apreciarse de oficio y se produce cuando el actor no aparece como titular del derecho que intenta hacer valer en el proceso (pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido) o no está facultado por sí solo para el ejercicio de la acción*".

6.2. Inexistencia de acción civil popular.

57. El artículo 24.1 CE atribuye a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Lo que excluye la posibilidad de instar la tutela efectiva respecto de derechos e intereses subjetivos que no se invoquen como propios, en cuanto el derecho fundamental viene referido al ejercicio de los derechos legítimos de cada litigante y no a los derechos e intereses de otro, de tal forma que, como regla, en el orden civil no cabe la acción popular que permita la defensa de los ajenos intereses. En definitiva, el derecho de acceso a la jurisdicción, en la órbita civil, se ciñe a aquel que tiene por objeto la defensa de los propios derechos -en este sentido, SSTS 28/1996, de 29 de enero (RC 1860/1992), 202/2009, de 24 de marzo (RC 676/2004), 320/2012, de 18 de mayo (RC 1638/2009) y 557/2012, de 1 octubre (RC 29/2010)-.

58. En consecuencia, como regla, la legitimación para promover eficazmente un proceso solo corresponde a quien afirma la titularidad del derecho subjetivo que será, en todos o en parte de sus aspectos, objeto de controversia. Así lo afirma el primer párrafo del artículo 10 LEC , a cuyo tenor "*¿serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*".

6.3. La legitimación extraordinaria.

59. No obstante, este régimen, razonablemente suficiente para la tutela de derechos e intereses subjetivos individuales, en la práctica se reveló insuficiente para la efectiva tutela de ciertos intereses dignos de protección, en los que las circunstancias de hecho concurrentes en la práctica disuadían a los afectados de acudir a los tribunales. Por esta razón en el segundo párrafo del artículo 10 LEC , como excepción a la regla general, dispone que "[s]e exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular" . Lo que da lugar a los supuestos de legitimación extraordinaria, en los que es posible promover un proceso por quien no afirma ser titular de la relación jurídica controvertida.

60. Como afirma la expresada sentencia 634/2010, de 14 de octubre, RC 1643/2006 , se trata de situaciones en las que "se habilita a determinados sujetos para formular una pretensión de manera que el órgano judicial decida sobre el fondo de una cuestión que haga posible la actuación del derecho objetivo que originariamente no corresponde a quien promueve el proceso. Estas excepciones, en cuyo origen subyacen causas de muy distinta índole, exigen la cobertura expresa de una norma de atribución de la facultad de promover el proceso ".

6.4. La legitimación para el ejercicio de la acción de cesación en la LCGC.

61. Uno de los supuestos en los que la legitimación ordinaria se revela insuficiente es precisamente en el campo de la tutela de los consumidores, ya que la asimetría de las posiciones extraprocesales de profesionales y empresarios, por un lado, y consumidores, por otro, se proyecta en el proceso y desincentiva al consumidor la asunción de la defensa judicial de los propios intereses, con los costes de toda índole que conlleva un litigio y, de forma correlativa, potencian comportamientos irregulares de algunos empresarios y profesionales, al amparo de su impunidad estadística.

62. Constatada esta realidad, la necesidad de articular mecanismos para la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios fue determinante de que el legislador, con carácter extraordinario, reconociese la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender no sólo los intereses de sus asociados o los de la propia asociación, sino también los generales. A tal efecto el artículo 20.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en lo sucesivo LCU), dispuso que "[l]as Asociaciones de consumidores y usuarios se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones [...] podrán [...] representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios [...]". También el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , dispuso que "[l]os Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefenso. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción".

63. En el considerando (no numerado) 22 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el legislador comunitario razonó que "las personas u organizaciones, que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección del consumidor, deben poder presentar un recurso contra las cláusulas contractuales redactadas con vistas a su utilización general en los contratos celebrados con consumidores, en especial las cláusulas abusivas, ya sea ante un órgano judicial o ante una autoridad administrativa con competencia para decidir sobre las demandas o para emprender las acciones judiciales adecuadas; que esta facultad, sin embargo, no supone el control sistemático previo de las condiciones generales utilizadas en tal o cual sector económico". Y dispuso en el artículo 7.1 que "[l]os Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores", y en el 7.2 que "[l]os medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas" -la utilidad de tal previsión es determinante de que la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre (posterior a la fecha de interposición a la demanda) que en el considerando 56 reitera que "[a] las personas u organizaciones que, conforme al Derecho nacional, tengan un interés legítimo en proteger los derechos contractuales de los consumidores se les debe reconocer el derecho a ejercer acciones, ya sea ante un tribunal o ante un órgano administrativo competente para dirimir reclamaciones o para entablar las acciones judiciales pertinentes"-.

64. La referida Directiva 93/13/CEE fue traspuesta por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación que, después de reconocer en el artículo 12 la posibilidad de que se ejerciten acciones de cesación contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en la propia Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas, dirigidas a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, en el artículo 16, en su redacción inicial, dispuso que "[l]as acciones previstas en el artículo 12 podrán ser ejercitadas por las siguientes entidades: [...] 3. Las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendada la defensa de éstos".

65. Esta regla fue modificada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, que, en términos que se mantienen en estas fechas, legitimó para el ejercicio de las acciones de cesación a "[l]as asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores".

6.5. La legitimación para el ejercicio de la acción de cesación en el TRLCU.

66. El primer apartado del artículo 24.1 TRLCU dispone que "[l]as asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios". Esta regla ha de interpretarse, sistemáticamente, en relación con el artículo 23.1 TRLCU, a cuyo tenor "[s]on asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo [...]", y con el primer apartado del artículo 33.1 TRLCU, según el cual "[l]as asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una Comunidad Autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo".

67. Así lo evidencia desde la perspectiva positiva el tenor de los artículos 37 TRLCU, a cuyo tenor "[l]as asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico, legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios tendrán derecho, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen, a: [...] c) Representar, como asociación de consumidores y usuarios, a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios", y 54.1 LCU "[f]rente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la presente Norma en materia de cláusulas abusivas [...] estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación: [...] b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta Norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios".

68. Desde la perspectiva negativa lo ratifica el artículo 24,1 apartado segundo TRLCU, según el cual "[l]as asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores".

69. La constitucionalidad de esta exigencia ha sido declarada por la STC 15/1989, de 26 de enero - reiterada por la STC 133/1992, de 2 de octubre -, según la cual "[l]a exigencia de la necesaria inscripción de las asociaciones de consumidores y usuarios en un libro-registro llevado en el Ministerio de Sanidad y Consumo no puede estimarse inconstitucional, dado que esa exigencia o carga se vincula directamente a la posibilidad de acceder a los beneficios que prevea la propia Ley y las disposiciones reglamentarias y concordantes", y ha sido expresamente admitida por la sentencia de esta Sala 473/2010, de 15 de julio (RC 1993/2006).

70. De forma paralela el artículo 11.1 LEC dispone que "[s]in perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios". Apunta la STS 861/2010, de 29 de diciembre, RC 2114/2005 , que la legitimación para el ejercicio de acciones en los supuestos previstos en los artículos 11.2 y 11.3 LEC es más restrictiva, ya que el artículo 24 LCU dispone que "[a]fectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial

del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica"; y el 54.3 LCU que "[l]a legitimación para el ejercicio de la acción de cesación frente al resto de conductas de empresarios contrarias a la presente Norma que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios, se regirá por lo dispuesto en el artículo 11, apartados 2 y 3, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil".

71. En consecuencia, el ejercicio de la acción de cesación contra la utilización de condiciones generales de la contratación abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no queda abierta a cualquier asociación que esté legalmente constituida, aunque en sus estatutos conste como finalidad la tutela de los intereses de consumidores y usuarios. Es preciso que la asociación, cuando es de ámbito supraautonómico - en el caso de autos no se cuestiona que la demandante tiene tal carácter-, esté inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

6.5. Exclusión de AUSBANC del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

72. De poco o nada serviría el control de legalidad en el momento de la inscripción de las asociaciones en el Registro si el ordenamiento no reaccionase ante el posterior incumplimiento de los requisitos que la norma exige para atribuirles la representación extraordinaria de los consumidores. Por ello el artículo 35.1 TRLCU dispone que "[l]a realización por las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de alguna de las actuaciones prohibidas por los artículos 23.3 y 27 y 28 dará lugar a su exclusión de dicho registro, previa tramitación del procedimiento administrativo previsto reglamentariamente". A su vez, el artículo 35.2 TRLCU establece que "[l]a resolución de exclusión del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios determinará la pérdida de esta condición, en todo caso, y por un período no inferior a cinco años desde la fecha de la exclusión, sin perjuicio del mantenimiento de su personalidad jurídica con arreglo a la legislación general de asociaciones o cooperativas".

73. Precisamente la exclusión del Registro, como se ha indicado, es la razón por la que la sentencia recurrida denegó la legitimación de AUSBANC.

6.6. La perpetuatio legimationis.

74. Afirma la sentencia 473/2010, de 15 de julio (RC 1993/2006) que, como regla, el artículo 413 LEC dispone que no se tendrán en cuenta las innovaciones en el estado de las cosas o de las personas después de iniciado el juicio, lo que es aplicable a las condiciones de las partes necesarias para el ejercicio de la acción "que no impliquen una extinción de su capacidad jurídica o de su capacidad procesal". Y, como señala la sentencia 724/2011, de 24 de octubre (RC 1396/2008) que "[s]egún la propia norma, quedan fuera de esa regla general aquellas innovaciones que, de un modo definitivo, priven de interés legítimo a las pretensiones deducidas".

75. Partiendo de lo expuesto, la posibilidad de rechazar la legitimación de la demandante, pudiera sustentarse, como sostiene NCG, en lo dispuesto en el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor "[l]os actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa", y en el artículo 132.1 de la Ley 29/98, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según el cual "[l]as medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado".

76. También la sentencia 473/2010, de 15 de julio (RC 1993/2006), en un supuesto en el que se ejercitaban acciones al amparo del artículo 11.3 LEC -en este caso las acciones son las del artículo 11.1 LEC - admitió a nivel de hipótesis que la pérdida de las condiciones exigidas para entablar la acción podía tener efectividad mediante la firmeza del acto administrativo de exclusión del Registro de Asociaciones de consumidores, lo que podría justificarse porque la legitimación que a la demandante atribuirían las medidas cautelares sería una legitimación provisional abocada a consolidarse -de revocarse la decisión de exclusión- o a claudicar en el momento en el que la resolución alcanzase firmeza.

77. Pero la expresada sentencia ni siquiera obiter dicta [dicho de paso] afirmó que la firmeza de la resolución de exclusión produjese la pérdida sobrevenida de capacidad con los efectos que ha declarado la sentencia recurrida, sino que en cualquier caso la falta de firmeza lo impedía.

78. En este contexto nuestra respuesta debe partir de las siguientes premisas:



a) La resolución administrativa de exclusión del Registro, fundada en el incumplimiento por AUSBANC de sus deberes, tiene un contenido materialmente sancionador (sentencia 473/2010, de 15 de julio , ya citada)

b) El principio de irretroactividad de las Leyes consagrado en el art. 9.3 de la Constitución es aplicable a las normas restrictivas de derechos individuales, en el sentido de que la «restricción de derechos individuales» ha de equipararse a la idea de sanción (SSTC 90/2009, de 20 abril y 100/2012, de 8 de mayo).

c) El rechazo de la legitimación como consecuencia de una sanción que no era firme en los momentos de interposición de la demanda y de dictar la sentencia en la primera instancia, supone en cierta medida dotar de efectos retroactivos a la sanción restrictiva de derechos -así lo califica el artículo 37.C) TRLCU-, y vaciar de contenido el proceso -si bien en este caso la intervención del Ministerio Fiscal impide tal consecuencia-.

d) La pérdida sobrevenida de las condiciones legales precisas para litigar, como consecuencia de una sanción afecta al principio pro actione y debe ser objeto de una interpretación restrictiva.

e) Esta interpretación restrictiva es especialmente intensa cuando la demandante no tiene una legitimación ordinaria ni litiga en defensa de un interés particular y propio, sino una legitimación extraordinaria para la defensa de intereses ajenos, ya que las consecuencias de la sanción se proyectan sobre terceros, máxime cuando se trata de intereses colectivos de los consumidores que los tribunales tienen el indeclinable deber de tutelar.

6.7. Estimación del motivo.

79. Lo expuesto es determinante de la estimación del motivo y de la procedencia de examinar los del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por AUSBANC y que no han sido analizados. Hay que añadir que: a) precisamente por la exigencia de tutela de oficio de los legítimos intereses de los consumidores, no impediría su examen por este tribunal el hecho de que se denegase la legitimación de la asociación demandante; b) la flexibilidad en las consecuencias de la pérdida sobrevenida de legitimación en el caso de legitimación extraordinaria, no colisiona con la tesis sostenida en la sentencia de 30 mayo 2011 (RC. 202/2009) de la Sala Tercera de este Tribunal ; c) las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que cita la representación del BBVA, no son aptas para constituir jurisprudencia que, en el orden civil, tan solo se atribuye a la sentencias de esta Sala, a lo que añadiremos que la de 13 de junio de 2012 no se refiere a la pérdida de legitimación, sino a la carencia de legitimación ab initio [desde el principio].

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL INTERPUESTO POR AUSBANC

TERCERO: PRIMER MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

1. Enunciado y desarrollo del motivo

80. El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1 2° LEC).

81. En su desarrollo la recurrente sostiene que la sentencia recurrida, al entender acreditada la negociación de las cláusulas controvertidas porque la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el recorrido preparatorio del contrato y porque la prueba documental acredita que los préstamos hipotecarios en unas ocasiones contienen los pactos de limitación de interés y en otras no, realiza una valoración probatoria arbitraria que afecta a la misma motivación de la sentencia recurrida, por lo que se infringe el artículo 2 18.2 LEC .

82. También afirma que el hecho de que una cláusula contractual del préstamo pueda ser conocida por el usuario no impide que pueda ser impuesta por el empresario y que la propia Orden de 5 de mayo de 1994 dispone que lo establecido en ella se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

83. Además, mantiene que no se trata de condiciones generales reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes por lo que no excluyen la aplicación de la LCGC al amparo del artículo 4.2 de dicha Ley.

84. Finalmente, alega que los contratos de préstamo pueden contener cláusulas limitativas a la variabilidad del tipo de interés y pueden no contenerlas, por lo que no es una cláusula esencial.

2. Valoración de la Sala

2.1. La exigencia de precisión del motivo.

85. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 471 LEC , tanto en su redacción inicial como en la dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, en el escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal deben exponerse razonadamente las infracciones o vulneraciones cometidas, expresando, en su caso, de qué manera influyeron en el proceso, lo que se traduce en la necesidad de tratamiento diferenciado de cada una de las infracciones que se denuncian, mediante el motivo correspondiente, sin permitirse la acumulación en uno solo de alegatos heterogéneos en los que se mezclan de forma desordenada cuestiones procesales y sustantivas (en este sentido, sentencia 342/2012, de 4 de junio RC 2103/2009).

86. Lo expuesto es determinante de la desestimación del motivo, referido conjuntamente a la valoración de la prueba, a la motivación de la sentencia, a la significación jurídica de los hechos probados y, finalmente, a la posibilidad de aplicar la LCGC a préstamos en los que se ha seguido el trámite regulado en la expresado Orden.

2.2. El control de la valoración de la prueba.

87. No obstante, a fin de dar completa respuesta a los alegatos y apuntar alguna de las cuestiones que abordaremos en el recurso de casación, añadiremos que, en nuestro sistema, el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 LEC se refiere a la valoración de la prueba.

88. Pese a ello, es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC , siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE -en este sentido SSTs 101/2011, de 4 de marzo, RC 1918/2007 , y 263/2012, de 25 de abril, RC 984/2009 -.

89. Ahora bien, la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación.

90. En el caso enjuiciado no se aprecia error en la fijación de los hechos por la sentencia recurrida, por lo que el alegato estaba abocado al fracaso. Cuestión radicalmente diferente y que excede del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal es la valoración jurídica de los hechos declarados probados, lo que constituye materia propia del recurso de casación.

2.4. El deber de motivar.

91. También añadiremos que la atribución a los tribunales, dentro del límite de la congruencia, de la facultad/deber de escoger la norma aplicable para la decisión de las controversias, con estricta sumisión a la Ley, de acuerdo con las reglas *iura novit curia* [el tribunal conoce el Derecho] y *da mihi factum, dabo tibi ius* [dame el hecho y yo te doy el derecho], exige que las sentencias sean motivadas, como fórmula de controlar que la decisión se ajusta a la Ley -el artículo 117.1 CE dispone que "[1]1. La justicia (...) se administra (...) por Jueces y Magistrados (...) sometidos únicamente al imperio de la ley"- y de evitar la arbitrariedad. Según el artículo 9.3 CE "[1]a Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" -, lo que se traduce, desde la perspectiva del tribunal, en el deber constitucional de motivar.

92. Así lo imponen el artículo 120.3 CE a cuyo tenor "[1]as sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública" ; el artículo 248.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , según el cual "[1]as sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo" , y el 218.2 de la ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto dispone que "[1]as sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón" - en este sentido, sentencia 18/2013, de 8 de febrero (RC 1518/2011).

93. Desde la perspectiva de los litigantes, el derecho a la motivación de las sentencias se integra en el derecho a la tutela efectiva que proclama el artículo 24 CE y supone el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta que exprese los elementos o razones de juicio, mediante la exteriorización de los razonamientos que conducen a la apreciación y valoración de la prueba, identifique la estructura y formación del supuesto fáctico a enjuiciar, así como la interpretación y aplicación de la norma que vincula al mismo el efecto querido por el legislador -así lo afirma la sentencia 344/2012, de 8 de junio, RC 2163/2009 -, y tiene una

finalidad de garantía relacionada con el designio de que puedan conocer las razones que han llevado al órgano jurisdiccional a dictar su resolución y, en su caso, hacer uso de los medios de impugnación establecidos -en este sentido STS 49/2013, de 12 de febrero, RC 758/2010 -.

94. Sin embargo, no es admisible servirse de la exigencia de motivación como medio indirecto para cuestionar otros aspectos de la sentencia. En particular, la motivación de la valoración de la prueba nada tiene que ver con la corrección de dicha operación, pues una cosa es explicar las razones por las que el Tribunal llegó a identificar el supuesto de hecho al que la norma vincula la consecuencia jurídica pretendida y otra distinta que hayan sido correctamente valorados los medios que formaron la convicción judicial - SSTS 661/2011, de 4 de octubre, RC 162/2010 , y 344/2012, de 8 de junio, RC 2163/2009 -.

95. En consecuencia, el alegato no podía prosperar, ya que la sentencia está perfectamente motivada y permite conocer los hechos en los que se fundamenta la decisión y la norma aplicada, por lo que podrá no compartirse sus razonamientos o tacharlos de erróneos, pero desde luego no tildarla de inmotivada, arbitraria, incoherente o insuficiente.

2.1. Ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal.

96. Como se ha indicado en el segundo fundamento de esta sentencia (apartado 41), el recurso extraordinario por infracción procesal tiene por objeto el control de la vulneración de normas procesales entendidas en un sentido amplio, correspondiendo al de casación el conocimiento de las infracciones relativas a la norma aplicable para la decisión sobre el fondo de la controversia, por lo que la cuestión referida a la posibilidad de aplicar la LCGC a préstamos en los que se ha seguido el trámite regulado en la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, excede del concepto de la infracción procesal y debe examinarse en el recurso de casación que, como afirma la STS 860/2009, de 15 de enero de 2010, RC 1516/2005 , "no permite revisar la valoración de la prueba efectuada en la segunda instancia, pero sí la operación por la que los hechos declarados probados se subsumen en la norma, cuando la misma imponga utilizar conceptos indeterminados y, por tal, necesitados de integración".

CUARTO: SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

1. Enunciado y desarrollo del motivo

97. El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

Infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso (artículo 469.1.3° LEC).

98. En su desarrollo, la recurrente alega la vulneración del artículo 217 LEC porque se ha invertido la carga de la prueba al declarar probado que ha existido negociación de las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés con base en que: a) las demandadas han aportado escrituras de préstamo hipotecario que no tienen incorporadas esas limitaciones; y b) existe una "minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato", que garantiza que el prestatario conoce el contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses.

99. Asimismo, sostiene la vulneración del artículo 82.2 párrafo segundo TRLCU, según el cual al empresario que afirme que una cláusula ha sido negociada individualmente le corresponde probar esta circunstancia.

100. Finalmente, afirma infringido el artículo 217.7 LEC ya que la sentencia no ha tenido en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria de cada una de las partes del litigio.

2. Valoración de la Sala

2.1. La carga de la prueba.

101. La carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de la prueba nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, el tribunal atribuye los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el art. 217 LEC - STS 263/2012, de 25 de abril (RC 984/2009) y en idéntico sentido SSTS 684/2012, de 15 de noviembre (RC 1024/2010), y 561/2012, de 27 de septiembre (RC 831/2010).

102. Cuestión radicalmente diferente es la dosis de prueba, ya que " en nuestro sistema probatorio rige la regla de apreciación libre, salvo algunas excepciones, y un criterio de elasticidad, de modo que no se exige



por la ley una determinada cantidad o entidad probatoria -dosis o tasa de prueba-". Determinar esta dosis es función soberana de los tribunales que conocen en instancia -primera y apelación-, estando vedado su acceso a casación salvo que se incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad con infracción del artículo 24.1 CE (STS 635/2012, de 2 noviembre, RC 681/2010) y, en idéntico sentido, SSTS 347/2011 de 30 mayo, RC 1348/2007 , y 485/2012, de 18 de julio, RC 990/2009).

2.2. Desestimación del motivo.

103. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar el motivo ya que en su desarrollo la propia parte reconoce que ha existido prueba y lo que acontece es que está en desacuerdo con la valoración de su significado por la sentencia recurrida.

QUINTO: TERCER MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

1. Enunciado y desarrollo del motivo

104. El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la constitución (artículo 469.1 4º LEC).

105. El motivo se estructura en los siguientes dos submotivos:

1º) *Por la inversión de la carga de la prueba respecto al hecho de la negociación o imposición de la cláusula.*

2º) *Por la negación de legitimación activa concurriendo en mi mandante todos los requisitos para ostentar la misma.*

2. Valoración de la Sala

2.1. Desestimación del primer submotivo.

106. El primero de los submotivos, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria ha sido objeto de análisis en el anterior fundamento cuarto. Nada nuevo aportan los alegatos referidos a la inversión de la carga de la prueba, ahora desde la perspectiva constitucional, por lo que para desestimarlo es suficiente que demos por reproducido lo ya expuesto.

2.2. Estimación del segundo submotivo.

107. En cuanto al segundo submotivo, su estimación ha sido razonada en el segundo fundamento de derecho de esta sentencia, por lo que, a efectos sistemáticos, es suficiente que nos remitamos a lo allí expuesto.

SEXTO: EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. El control imperativo de las cláusulas abusivas

1.1. La situación de inferioridad de los consumidores.

108. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (en este sentido SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apartado 25; 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartado 25; 4 junio 2009, Pannon GSM C-243/08 apartado 22; 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 apartado 29; 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 apartado 27; 9 noviembre de 2010 , VB Pénzügyi Lízing , C-137/08 apartado 46; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, C-453/10, apartado 27; 26 abril de 2012 , Invitel, C-472/10, apartado 33; 14 junio 2012 , Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 39; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt C-472/11, apartado 19; 14 de marzo de 2013, Aziz VS. Caixa d#Estalvis de Catalunya C-415/11, apartado 44; y 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C 92/11, apartado 41).

1.2. La ineficacia de las cláusulas abusivas.



109. Por esta razón y con el fin de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone que *"[l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas"*. Lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (en este sentido las ya citadas SSTJUE de 26 octubre 2006, Mostaza Claro, apartado 36; 4 junio 2009, Pannon, apartado 25; 6 octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, apartado 30; 9 noviembre 2010, VB Pénzügyi Lizing, apartado 47; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, apartado 28; 26 abril de 2012, Invitel, apartado 34; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 40; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 20; y 14 marzo 2013, Aziz vs. Catalunya Caixa, apartado 45).

1.3. Apreciación de oficio de la nulidad imperativa de cláusulas abusivas.

110. En este contexto, como declaramos en la STS 401/2010, de 1 de julio de 2010, RC 1762/2010, las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogado General, en sus conclusiones de 28 de febrero 2013, Duarte Hueros, C-32/12, punto 46, a las empresas no les "trae cuenta" intentar utilizarlas, ya que *"de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera"* Puedes citar una sentencia en vez de unas conclusiones de abogado general, por ejemplo:

STJUE de 26 octubre 2006 (asunto C-168/05, caso Mostaza Claro), "27 A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28, y de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 32)".

111. La posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13. En este sentido ya el IC 2000 indicaba que *"[...] la sanción prevista en el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva «implica atribuir a las disposiciones de la Directiva el carácter de norma "imperativa", de "orden público económico", que tiene que reflejarse en los poderes atribuidos a los órganos jurisdiccionales nacionales"*. Lo que ha sido recogido por la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 23, según la cual *"el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula"*.

112. Más aún, el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir. Así lo afirma la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32, según la cual *"el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva"*, para lo que debe intervenir cuando sea preciso ya que *"el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello"* (SSTJUE ya citadas de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 23, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 43, y 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32).

113. Precisamente, por tratarse de una intervención de oficio, no necesita que el consumidor presente una demanda explícita en este sentido, ya que *"semejante interpretación excluiría la posibilidad de que el"*

juez nacional apreciara de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual en el marco del examen de la admisibilidad de la demanda de la que conoce y sin petición expresa del consumidor con tal fin" (STJUE ya citada de 4 de junio de 2009 , Pannon, apartado 24).

114. En definitiva, como ha reiterado el TJUE *"el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual"* (SSTJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 , apartado 32, 14 junio 2012 , Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 42+43 y 21 febrero 2013, Caso Banif Plus Bank Zrt 23).

115. A esta obligación no es ajeno este Tribunal, ya que la efectividad de la Directiva y la tutela de los intereses de los consumidores frente a las cláusulas abusivas resulta imperativa para la totalidad de los tribunales de la Unión.

1.4. La prueba de oficio de la abusividad.

116. Este deber no solo comprende el de apreciar la abusividad cuando esta aparezca demostrada de forma clara y contundente. Cuando existan motivos razonables para entender que una cláusula es abusiva, si es preciso, se debe acordar la práctica de prueba. En este sentido, con referencia a un supuesto de atribución de competencia jurisdiccional territorial exclusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el Tribunal de Justicia declaró que *"el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva"* (SSTJUE citadas de 9 de noviembre de 2010 , VB Pénzügyi Lizing, apartado 56, 14 junio 2012 , Banco Español de Crédito, apartado 44; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 24 y 14 marzo 2013 Aziz vs. Catalunyaaixa, apartado 4.

2. El posible aquietamiento a la cláusula abusiva

117. Ahora bien, la finalidad de la Directiva es la tutela del consumidor, por lo que frente a la regla de que la nulidad absoluta -no la anulabilidad- la puede invocar cualquiera de quienes fueron parte en el contrato nulo o con cláusulas nulas, la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas nada más entra en juego cuando operan en "detrimento del consumidor", de tal forma que la obligación de garantizar la efectividad de la protección conferida por la Directiva, en lo que respecta a la sanción de una cláusula abusiva, no permite imponer la nulidad en contra de la voluntad del consumidor, ya que frente al desequilibrio de las posiciones de empresario y consumidor el Ordenamiento reacciona con un tratamiento asimétrico y atribuye a este la decisión de invocarla.

118. En este sentido la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009 , Pannon, apartado 33, afirma que *"el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula"*, de tal forma que *"[c]uando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone"*, y la de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 27, que *"[s]in embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula (véase la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartados 33 y 35)"*. Lo que reitera en el apartado 35 que, al referirse a la articulación de mecanismos de contradicción de la posible estimación de oficio de la abusividad de una cláusula, al razonar que *"[e]sta posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión sobre este extremo obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional, como se ha recordado en el apartado 25 de la presente sentencia, de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula"*.

119. Finalmente, también apuntan en este sentido las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12, Duarte Hueros, punto 53, según el cual *"[c]on independencia de cuál sea la medida elegida por el juez nacional, deberán tenerse en cuenta dos cosas. En primer lugar, dicha medida no puede adoptarse contra la voluntad del actor. Precisamente, el derecho a la tutela judicial efectiva también implica la potestad de no ejercitar los derechos propios. Por ello, debe averiguarse cuál es la voluntad concreta del consumidor"*.

3. Los principios de congruencia y iura novit curia



120. La aplicación de las reglas expuestas puede plantear ciertas dificultades en nuestro sistema, en el que el deber de conocer el Derecho y de juzgar conforme al mismo, que a los Jueces y Tribunales impone el artículo 1.7 del Código Civil, como regla, permite al tribunal fundar su decisión en preceptos jurídicos distintos de los invocados y aplicar la norma material que entiende adecuada para la decisión del caso, tiene como frontera la congruencia, que no permite escoger la concreta tutela que entiende adecuada de entre todas las posibles, al exigir que se ajuste a la causa de pedir de conformidad con lo previsto en el artículo 218.1 Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor *"[l]as sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. [...] El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes"*.

121. Es decir, en general el Juez no puede dar a quien suplica, aunque lo pedido sea justo, si para ello debe apartarse de los hechos esenciales fijados por las partes para justificar lo pretendido. Corresponde a las partes decidir si ejercitan sus derechos en vía jurisdiccional -libertad de acción-, y la carga de alegar y probar los hechos sobre los que el juez debe decidir, según la regla clásica *iudex iudicet secundum allegata et probata partium*-. En definitiva, no puede sustentar su decisión en fundamentos diversos de los alegados, cuando estos delimitan el objeto del proceso.

122. Esta limitación del poder del juez nacional que *"está justificada por el principio según el cual la iniciativa en un proceso corresponde a las partes y, por consiguiente, el juez sólo puede actuar de oficio en casos excepcionales, en los que el interés público exige su intervención"* (STJUE de 17 de diciembre de 2009, Martín Martín, C-227/08, apartado 20, con cita de las de 14 de diciembre de 1995, Van Schijndel y Van Veen, C-430/93, y de 7 de junio de 2007, van der Weerd y otros, C-222/05 a C-225/05), como afirman las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12 Duarte Hueros punto 32, tiene como principal objetivo *"proteger el derecho de defensa y garantizar el buen desarrollo del procedimiento, en particular, al prevenir los retrasos inherentes a la apreciación de nuevos motivos [...] Por ello, al consumidor se le puede exigir en principio que formule ante el juez sus pretensiones y, en ese sentido, que las deduzca adecuadamente, en su caso con carácter subsidiario. Tanto más cuando, como en el caso presente, la intervención de abogado es preceptiva"*.

4. Los límites a la autonomía procesal en materia de cláusulas abusivas

123. No obstante, este límite no entra en juego en los supuestos de nulidad absoluta, ya que en tales casos el Ordenamiento reacciona e impone a los poderes del Estado rechazar de oficio su eficacia, de acuerdo con el clásico principio *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto), ya que, como afirma la STS 88/2010, de 10 de marzo (RC 2492/2005) *"esa operatividad ipso iure es una de las características de la nulidad absoluta"*.

124. Tratándose de cláusulas abusivas, como apuntan las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12, Duarte Hueros, punto 37, el principio de eficacia exige que el tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y *"de no ser ello posible, dicho tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, a saber, en el caso de autos, las normas procesales nacionales cuestionadas en el procedimiento principal, que recogen la vinculación estricta a la pretensión deducida"*, ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, como indica la STJUE ya citada de 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 46, esta autonomía tiene como límite que tales normas *"no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38)"*.

5. El deber de plantear motivadamente la nulidad de oficio

125. Sin embargo, como afirma la STJUE de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 29, al aplicar el Derecho de la Unión *"el juez nacional debe observar también las exigencias de una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, conforme se garantiza en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Entre esas exigencias figura el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y que el juez debe respetar, en particular cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio (véase, en*



este sentido, la sentencia de 2 de diciembre de 2009, Comisión/Irlanda y otros, C-89/08 P, Rec. p. I- 11245, apartados 50 y 54)".

126. Por ello la coordinación entre los deberes de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva y respetar el objetivo perseguido por el deber de congruencia, en el supuesto de que el Juez aprecie de oficio la eventual nulidad de cláusulas abusivas en contratos suscritos entre empresarios y consumidores, impone someter a las partes todos los factores que pueden incidir en la declaración de abusividad de la cláusula o cláusulas eventualmente nulas, a fin de facilitarles la defensa de sus intereses, articulando a tal efecto los mecanismos precisos.

127. Así lo impone el Derecho de la Unión, ya que, como afirma la STJUE ya citada de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 30 *"el principio de contradicción no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión. El Tribunal de Justicia ha subrayado que, en efecto, para cumplir los requisitos vinculados al derecho a un proceso equitativo, procede que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos tanto de hecho como de Derecho decisivos para la resolución del procedimiento (véase la sentencia Comisión/Irlanda y otros, antes citada, apartados 55 y 56)"*, lo que es determinante de que en el supuesto de que el juez nacional, después de haber apreciado inicialmente -sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto- que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo *"está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales"*. Máxime, si se tiene en cuenta que, como hemos indicado, el consumidor, una vez informado y restablecido el equilibrio con el empresario mediante la intervención del tribunal, puede renunciar a la nulidad de la cláusula abusiva.

6. La nulidad de oficio en el caso de acciones colectivas

128. Sentado lo anterior, es preciso decidir si la doctrina hasta ahora expuesta es aplicable a los supuestos en los que la abusividad de determinadas cláusulas no se constata en un pleito seguido entre un empresario y un consumidor, sino en supuestos en los que se ha ejercitado una acción en defensa de intereses colectivos.

129. Nuestra respuesta ha de ser necesariamente afirmativa. Máxime si se tiene en cuenta que:

a) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 TRLCU *"[l]os poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado"*. Los servicios bancarios ya estaban catalogados como servicios de uso común, ordinario y generalizado por los consumidores y usuarios en el Anexo I.C) del Real Decreto 287/1991, de 8 marzo, por el que se aprueba el Catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Hoy los servicios bancarios y financieros figuran relacionados en el apartado c.13) del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre que lo actualiza.

b) La tutela de los consumidores no solo se ha demandado por una asociación de consumidores -en la que los intereses particulares de quienes la representan pudieran superponerse a los generales (de ahí el necesario control mediante la inscripción en el Registro)-, sino por el Ministerio Fiscal, al que el Ordenamiento reconoce expresa legitimación -el artículo 16 LCGC dispone que *"[l]as acciones previstas en el artículo 12 podrán ser ejercitadas por las siguientes entidades: [...] 6. El Ministerio Fiscal"*- justificada por la enmienda 92 del Grupo Parlamentario Catalán en que *"al Ministerio Fiscal en los términos del artículo 124 de la Constitución le corresponde la defensa de los intereses generales"*.

c) Como afirman las SSTJUE de 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, apartado 38, y 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 31, es precisamente *"la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores"*, la que justifica que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

7. Conclusión

130. Lo expuesto es determinante de que, en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas.

SÉPTIMO: LAS CONDICIONES GENERALES SOBRE EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO

1. Planteamiento de la cuestión

131. Las demandadas y la sentencia recurrida no cuestionan que las cláusulas controvertidas tengan carácter contractual y que su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores es facultativa. Así lo evidencia la realidad explicitada -no en todos los préstamos hipotecarios se utilizan cláusulas de estabilización del tipo de interés- y no se ha alegado la existencia de normativa que exija que en los préstamos hipotecarios deban pactarse tipos de interés variable ni que exista una norma que indique cual es la concreta fórmula que debe utilizarse en el caso de que se opte por esta modalidad de préstamo.

132. Tampoco cuestionan que se trata de cláusulas prerredactadas y, de hecho, la propia regulación sectorial demuestra que se trata de cláusulas predispuestas, que en su aplicación práctica se concretan en ofertas "irrevocables".

133. Finalmente, tampoco se discute que se trata de cláusulas destinadas por las prestamistas a ser incluidas en una pluralidad de contratos.

134. La sentencia recurrida rechaza que las cláusulas contractuales controvertidas deban considerarse condiciones generales de la contratación porque versan sobre los elementos esenciales de los contratos y porque, precisamente por ello el consumidor necesariamente las conoce y las acepta libre y voluntariamente.

135. En consecuencia, es preciso examinar si los pactos que definen el objeto principal de los contratos pueden tener la consideración de condiciones generales.

2. Valoración de la Sala

2.1. Requisitos de las condiciones generales.

136. El apartado 1 del artículo 1 LCGC dispone que *"[s]on 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"*.

137. La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de 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. 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.

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

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

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

2.2. Las condiciones generales sobre elementos esenciales de los contratos

139. Los costes de los recursos que se deben invertir en el diálogo que todo proceso individualizado de negociación conlleva -con el correlativo encarecimiento del producto o servicio que al final repercute en el precio que paga el consumidor o usuario-, unido al elevado volumen de operaciones que se realizan en el desarrollo de determinadas actividades negociales, fue determinante de que en ciertos sectores de la economía se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, califica como *"un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico"*.

140. El insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante, para regular los contratos celebrados de acuerdo con este modo de contratar, fue determinante de que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, declarada en la EM de la LCGC, de restablecer en la medida de lo posible la igualdad de posiciones ya que *"[l]a protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual"*.

141. Pese a todo, la aplicación de las reglas de reequilibrio contenidas en la LCGC no se extiende a todo tipo de contratos, ya que, como afirma la referida Exposición de Motivos *"[d]esde el punto de vista objetivo se excluyen ciertos contratos que por sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienación de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley"*. Pero si se trata de contratos sujetos a la norma especial, a diferencia de otros ordenamientos, no se excluyen aquellas cláusulas o condiciones definitorias del "objeto principal", por lo que no hay base para el planteamiento alternativo que hace la sentencia recurrida.

142. En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces *"los legítimos intereses económicos de los mismos"*.

2.2. El conocimiento de las condiciones generales.

143. Sin perjuicio de lo que se dirá al analizar la transparencia de las cláusulas, no podemos compartir la equiparación que hace la sentencia recurrida entre desconocimiento de una cláusula e imposición de la misma. El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC -*"[n]o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes [...]"*- como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual "

"[l]as condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo".

2.3. Conclusiones

144. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que:

a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) 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, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

OCTAVO: LA IMPOSICIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES

1. Planteamiento de la cuestión

145. La sentencia recurrida también rechaza que los pactos de limitación de la variabilidad de intereses hayan sido impuestos por las entidades de crédito. Para ello se basa en las siguientes premisas:

a) Las escrituras de préstamos hipotecarios que formalizan las demandadas, en algunas ocasiones contienen pactos de limitación del interés y en otras ocasiones no -hecho probado intangible en casación-, de lo que la sentencia recurrida concluye -valoración jurídica susceptible de revisión por este tribunal- que los hechos probados acreditan "*la posibilidad de una negociación efectiva, no meramente ilusoria o quimérica*"; y

b) La OM de 5 de mayo de 1994 "regula el iter negocial de la contratación" -extremo de hecho-, de lo que concluye que la observancia de los trámites regulados en la OM garantizan la transparencia y aseguran que el proceso de formación de la voluntad del prestatario se desarrolle libremente -valoración jurídica- de tal forma que la cláusula se suscribe "*con el adecuado conocimiento y con total información*".

146. En consecuencia, es preciso que analicemos si los pactos de limitación de la variabilidad de intereses han sido y están destinados a ser impuestos

2. Valoración de la Sala

2.1. La elección entre contratos con cláusulas impuestas.

147. El artículo 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor "*[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*".

148. La exégesis de la norma transcrita impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que, como afirma el Ministerio Fiscal, la norma no exige que la condición se incorpore "*a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos*".

149. Más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción "*[a] los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate*" -lo que fue interpretado por la STS de 20 de noviembre de 1996, RC 3930/1992, en el sentido de que "*[s]e le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva*". En definitiva, la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

150. Es cierto que, como apunta la citada STS 406/2012, de 18 de junio, debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, pero también lo

es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactadas, sean condiciones generales -sometidas a la LCGC- o particulares -no sujetas a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente. Como de forma gráfica describe el Ministerio Fiscal, existe imposición cuando, elegido un determinado contrato, "[...] nada ni nadie evita al cliente la inserción de la cláusula suelo y techo".

151. 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.

152. Máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un "cliente cautivo" por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con "sus" bancos que minoran su capacidad real de elección.

2.2. La prueba de los hechos notorios.

153. El sistema, ante los insoportables costes que pudiera provocar la desconexión entre la "verdad procesal" y la realidad extraprocesal, de acuerdo con la regla clásica *notoria non eget probatione* [el hecho notorio no precisa prueba], a la que se refieren las SSTS 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003 ; 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004 , y 706/2010, de 18 de noviembre, RC 886/2007 , dispone en el artículo 281.4 LEC que "[n]o será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general".

154. La norma no define qué debe entenderse por "notoriedad absoluta y general" y tal requisito ha sido interpretado con cierto rigor -la STS 57/1998, de 4 de febrero; RC 269/1994 , afirma que para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso "[...] han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta". Pero es lo cierto que tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento "general y absoluto" por todos los miembros de la comunidad.

155. Por ello, se estima suficiente que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho -límite temporal-, entre los ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan -ámbito de la difusión del conocimiento-, en la que se desarrolla el litigio -límite espacial-, con la lógica consecuencia de que en tal caso, como sostiene la STS 62/2009, de 11 de febrero, RC 1528/2003 , quedan exentos de prueba.

156. Pues bien, es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a que alude artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno que una de las recurridas describe como "take it or leave it" -lo tomas o lo dejas-.

157. Entre ellos, como se ha indicado, se hallan los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados -el IC 2000 afirma que "[...] los servicios financieros son grandes «consumidores» de cláusulas contractuales", y, de hecho, la citada OM de 1994 parte de que el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas. De ahí que imponga determinados deberes de información a las prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura.

158. Más aún, el IC 2000, precisa que "[e]s ilusorio pensar que los contratos de consumo de masa puedan contener verdaderamente cláusulas negociadas individualmente que no sean las relativas a las características del producto (color, modelo, etc.), al precio o a la fecha de entrega del bien o de prestación del servicio, cláusulas todas con respecto a las cuales raramente se plantean cuestiones sobre su posible carácter abusivo."

159. En idéntico sentido el IBE afirma de forma expresa en el apartado 3.1. -utilización de cláusulas limitativas a la variación- lo siguiente:

"[u]n análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente [...] En definitiva, la aplicación de estas cláusulas obedece a decisiones individuales de cada entidad".

2.2. La carga de la prueba de la negociación de las cláusulas predispuestas

160. A ello debe añadirse que, aunque la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLCU dispone que *"[e]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"* -a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE *"[e]l profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba"*- en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla.

161. Así lo evidencia la génesis de la norma. El apartado 3 del artículo 1 del Proyecto de LCGC coincidía literalmente con la previsión transcrita. El apartado fue suprimido del texto aprobado por la Comisión de Justicia e Interior con Competencia Legislativa Plena y por el procedimiento de urgencia, al asumir el informe emitido por la Ponencia que propuso la incorporación de las enmiendas 17 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y 77 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), ambas de supresión, que, en términos prácticamente idénticos, justificaron la supresión en que tal regla, según la cual la empresa que afirme que una cláusula ha sido objeto de negociación individual asume la carga de la prueba. Ya aparecía en el propio Proyecto como parte del nuevo artículo 10 bis de la Ley 26/1984, lo que constituía *"una regla aceptable en la relación empresa-consumidor, supuesto que quedaría cubierto con este artículo 10 bis, pero que no se justifica en el caso de contratación entre empresas o profesionales"*, ya que la regla derivaba de la Directiva 93/13/CEE y el ámbito de esta se circunscribía a los contratos con consumidores.

162. En consecuencia, si bien cuando se trata de la acción de cesación no es posible la aplicación directa del artículo 82.2 TRLCU -ya que no existe un consumidor concreto con el que se haya negociado o al que se haya impuesto la condición general-, demostrado que determinadas cláusulas se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, teniendo en cuenta la inutilidad de predisponer cláusulas que después pueden ser negociadas de forma individualizada, se permite tener por acreditado que las cláusulas impugnadas tienen la consideración de cláusulas destinadas a ser impuestas, de tal forma que, en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario. Máxime cuando la acción de cesación tiene por objeto cláusulas ya utilizadas y podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente.

163. Esta regla, en contra de lo sostenido por una de las recurridas, se reitera en el artículo 32 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de octubre de 2008 sobre derechos de los consumidores dispone que *"[s]i el comerciante afirma que una cláusula contractual se ha negociado individualmente, asumirá la carga de la prueba"*.

164. 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, RC 93 / 2009, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva.

2.3. Conclusiones

165. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que:

a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

166. Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que *"comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico"*. De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que *"la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad"*.

NOVENO: LAS CONDICIONES GENERALES EN SECTORES REGULADOS

1. Planteamiento de la cuestión

167. Uno de los argumentos esgrimidos por las entidades crediticias para sostener que, incluso si las cláusulas controvertidas se califican como condiciones generales de la contratación no deben someterse a la LCGC es que las denominadas cláusulas "suelo" de los préstamos hipotecarios están admitidas y reguladas expresamente en las siguientes disposiciones legales:

a) la OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, modificada por la OM de 12 de junio de 2010, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, dictada en desarrollo de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, y conforme a su habilitación;

b) la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, modificada por las OO.MM. de 27 de octubre de 1995, de 1 de diciembre de 1999 y de 28 de octubre de 2011 -esta última, posterior a la fecha de la sentencia recurrida-;

c) la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares.

d) Además, en el ámbito europeo, la propuesta de Directiva nº 2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial, admite la legalidad y validez de cualquier modalidad de este tipo de cláusulas.

2. Valoración de la Sala

2.1. El control en sectores regulados

168. Uno de los principios constitucionales rectores de la política social y económica, a tenor del artículo 51 de la Constitución Española, es la tutela de los legítimos intereses económicos de los consumidores, lo que es determinante de que el Ordenamiento desarrolle una pluralidad de normas que convergen en el intento de garantizar la existencia de mecanismos y procedimientos a tal fin (en este sentido STS 401/2010, de 1 de julio de 2010, RC 1762/2010).

169. Por esta razón, en determinados supuestos el sistema impone un concreto clausulado uniforme e imperativo que facilita al consumidor la decisión reflexiva de sus comportamientos económicos, lo que se revela especialmente necesario en aquellos en los que la complejidad de los contratos y la identificación de las variables que inciden en el mismo pueden dificultar la comparación de las ofertas existentes en el mercado.

170. En tales casos, desde la perspectiva del Derecho nacional, con independencia de la discutible "contractualidad" de las condiciones cuando su incorporación al contrato no se impone por una de las partes, sino por una disposición legal o administrativa de carácter general, es lo cierto que el artículo 4.2 LCGC dispone que "[l]a presente Ley no se aplicará [...]. Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que [...] vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes".

171. Cuando se trata de condiciones generales utilizadas en contratos con consumidores, el considerando decimotercero de la Directiva 93/13 indica que "[...] se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión « disposiciones legales o reglamentarias imperativas » que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo". A su vez el apartado 2 del artículo 1, dispone que "[l]as cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...] no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".

172. Las reglas transcritas en el anterior apartado han sido interpretadas por el IC 2000 en el sentido de que la expresión "disposiciones legales o reglamentarias imperativas" se refiere a las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo (considerando nº 13) ya que "[e]n el espíritu de la Directiva, se considera asimismo que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas y que, por consiguiente, pueden excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva a condición de que los Estados miembros velen por que en ellas no figuren dichas cláusulas (considerando nº 14).

173. También la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 25 afirma que: "[...] tal como se desprende del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no están sujetas a las disposiciones de la misma", lo que según el apartado 26 "[...] se extiende a las cláusulas que reflejan las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no llegan a un acuerdo diferente al respecto", ya que, a tenor del apartado 28 "[t]al como defiende la Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en los casos contemplados en los apartados 26 y 27 de la presente sentencia, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos".

174. Pues bien, no es este el caso de las "cláusulas suelo", ya que la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato.

175. En este sentido, la STS 75/2011, de 2 de marzo, RC 33/2003, declara que la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general.

176. Así lo dispone el artículo 2.2 de la propia OM, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería, afirma la expresada STS 75/2011, de 2 de marzo, "una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor".

177. En el ámbito nacional la Exposición de Motivos de la LCGC advierte que del ámbito objetivo de aplicación de la norma se excluyen ciertos contratos, de tal forma que "[t]ampoco se extiende la Ley -

siguiendo el criterio de la Directiva- a aquellos contratos en los que las condiciones generales ya vengan determinadas [...] por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria para los contratantes. Conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva, todos estos supuestos de exclusión deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de cláusulas abusivas regulados en la Ley 26/1984, que ahora se modifica", pero cuando no se trata de contratos excluidos no dispone que determinadas condiciones dejan de serlo por razón de su contenido.

2.2. Conclusión.

178. Debe ratificarse lo razonado en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, en cuanto afirma que "[...]a existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis".

DÉCIMO: EL CONTROL DE LAS CONDICIONES SOBRE EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO

1. Planteamiento de la cuestión

179. Despejadas las dudas sobre la naturaleza de las cláusulas referidas a la variación de los tipos de interés -se trata de condiciones generales-, las codemandadas se opusieron al control de su abusividad porque las mismas afectaban a un "elemento esencial" del contrato de préstamo bancario.

180. La sentencia recurrida, le dio la razón y afirmó en el fundamento de derecho quinto que se trataba de uno de los elementos esenciales del contrato: "[...] se incorporan al contrato, siendo el precio del mismo [...] estas cláusulas de limitación de intereses son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo, y el máximo que abonará [...] estas cláusulas no son de carácter accesorio [...] como uno de los factores de determinación del precio del contrato (junto con el interés referencial y el interés diferencial), precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo. Como tal es el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar [...] lo que verdaderamente le interesa es el objeto principal del contrato y la conveniencia de las condiciones esenciales del mismo. [...] al constituir estos pactos de limitación de intereses elementos conformadores de una de las condiciones esenciales del contrato, nada menos que de la estipulación contractual más importante para el prestatario que es el tipo de interés [...]".

181. Precisamente porque eran un elemento esencial del contrato, la sentencia recurrida denegó que pudiesen ser consideradas condiciones generales de la contratación, lo que hacía innecesario examinar los límites al posible control de su abusividad.

182. Rechazado tal planteamiento, es preciso decidir si la norma autoriza que los tribunales se inmiscuyan en el examen de su contenido o, por el contrario, el principio de libertad autonormativa que rige en nuestro sistema no tolera otro control que el que deriva de la aplicación del artículo 1255 del Código Civil, según el cual "[...]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público"-, aplicable a todos los contratos con independencia de que se trate de cláusulas impuestas y de que se inserten en contratos suscritos por consumidores.

183. Para ello es preciso analizar si las condiciones controvertidas constituyen el objeto principal del contrato; si en tal caso, como regla, cabe controlar su carácter abusivo.

2. Valoración de la Sala

2.1. El objeto principal del contrato.

184. El decimonoveno considerando de la Directiva 93/13 indica que "[...] a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor".

185. De forma coherente con tal planteamiento, la expresada Directiva dispone en el artículo 4.2 que *"[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas 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 como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"*.

186. No define la norma qué debe entenderse por cláusulas "que describan el objeto principal" del contrato o referidas "a la definición del objeto principal", ante lo que la doctrina se halla dividida:

a) Un sector doctrinal diferencia entre las cláusulas "principales" que son las que definen directamente el "objeto principal" y las cláusulas "acesorias" que no definirían el "objeto principal". Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación prevista como eventual.

b) Otro sector sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal, hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se refiera al "precio" en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva.

c) Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el "objeto principal" debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del "objeto principal" del contrato incluso si se refieren al mismo.

187. Por su parte, el IC 2000 diferencia entre *"[l]as cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva"*.

188. En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom)-, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio".

189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelen formar parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.

190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelen referirse al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial.

2.2. El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato

191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.

192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que *"[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación"*, y el artículo 4.2 que *"[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas 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 como contrapartida [...]"*.

193. Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 40 *"[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección"*, y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que *"[...]no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que*



hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración".

195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTs 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos *obiter dicta* [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.

2.3. Conclusiones.

196. De lo expuesto cabe concluir:

a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone.

DECIMOPRIMERO: EL CONTROL DE INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES

1. Planteamiento de la cuestión

198. Como ha quedado expuesto, la sentencia recurrida, al analizar la "imposición" de las cláusulas cuestionadas, señala que la OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

199. Partiendo de que en la vida real se cumplen estrictamente las previsiones de la norma, la sentencia recurrida afirma que "esta minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la transparencia, la información, la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses [...] el cual [...] ha de expresarse de modo que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y conforme a Derecho".

200. En consecuencia, la primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

2. Valoración de la Sala

2.1. La transparencia a efectos de incorporación al contrato.

201. En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"*[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*"-, 7 LCGC -"*[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]*"-.

2.2. Conclusiones.

202. Coincidimos con la sentencia recurrida en 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.

203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC.

DECIMOSEGUNDO: EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE CONDICIONES INCORPORADAS A CONTRATOS CON CONSUMIDORES

1. Planteamiento de la cuestión

204. Admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores.

2. Valoración de la Sala

2.1. El control de transparencia.

205. El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el 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 [...]*", y 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*".

206. El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone 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*".

207. La interpretación a *contrario sensu* de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.

208. En este sentido apunta el IC 2000, según el cual "*[...] el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando nº 20) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)*".

2.2. El doble filtro de transparencia en contratos con consumidores.

209. Como hemos indicado, las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos.

210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "*[e]n 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".

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

212. 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.

213. En definitiva, como afirma el IC 2000, *"[e]l 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 su decisión con pleno conocimiento de causa"*.

214. En este sentido la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, ya citada, apartado 49, con referencia a una cláusula que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente *"[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]"*.

2.3. Conclusiones.

215. Sentado lo anterior cabe concluir:

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.

DECIMOTERCERO: LA INSUFICIENCIA DE INFORMACIÓN EN LAS CLÁUSULAS SUELO

1. Planteamiento de la cuestión

216. Admitido que la transparencia de las condiciones examinadas superan el filtro de inclusión en el contrato, es necesario examinar si el contexto en el que se enmarcan permite conocer su trascendencia en el desarrollo del contrato

2. Valoración de la Sala

2.1. Falta de información en las cláusulas suelo/techo.

217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.

218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.

219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.



220. Además, el referido IBE, en su apartado 3.2 - *Causas del uso de las acotaciones a la variación*"- expone las dos razones alegadas por las entidades entrevistadas para justificar la aplicación de las cláusulas con acotaciones, sus umbrales o su activación de tipos. Indica que "[...] *las entidades entrevistadas han sugerido, como motivos que justifican el papel secundario de estas acotaciones en la competencia dentro de esta área de negocio: [1] el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios [...]*".

221. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropio secundario, habida cuenta de que las cláusulas "*no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios*", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

222. De hecho, el IBE propone, como una de las medidas para superar la polémica desatada sobre su aplicación, la ampliación de los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo al que pudiera contratarse la cobertura y la promoción de prácticas de concesión y cobertura de créditos en los que la evaluación del riesgo de crédito de la operación tenga en cuenta los posibles escenarios de variación de los tipos y la mayor incertidumbre que tiene la operación-.

2.2. Conclusiones.

223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "*estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas*" -, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

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

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

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

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

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

DECIMOCUARTO: ELEMENTOS PARA VALORAR EL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS

1. Planteamiento de la cuestión

226. Aunque por las razones expuestas la sentencia recurrida no consideró necesario examinar si las cláusulas tenían carácter abusivo, afirmó la imposibilidad de desequilibrio porque la norma no se refiere al de las contraprestaciones económicas, sino a la falta de reciprocidad obligacional.

227. Partiendo de tal premisa sostiene que la declaración de desequilibrio abusivo nada más puede afirmarse de contratos generadores de obligaciones bilaterales, no del préstamo, ya que se trata de un contrato real y unilateral en el que el pacto de intereses no se corresponde con ninguna contraprestación "recíproca" de la prestamista, sin que puedan contraponerse los límites máximo y mínimo como si de dos contraprestaciones contractuales recíprocas se tratase.

228. En consecuencia, es preciso examinar si las cláusulas en las que cristalizan las condiciones generales reúnen los requisitos exigidos para ser declaradas abusivas.

2. Valoración de la Sala.

2.1 Requisitos de las cláusulas abusivas.

229. Que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad -este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor.

230. Sin perjuicio de otros mecanismos que no vienen al caso, para que proceda expulsarlas del mercado por la vía de la legislación de condiciones generales de la contratación, la LCGC requiere que sean perjudiciales para el adherente y contrarias a la propia *Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva*. Así lo dispone el artículo 8.1 LCGC a cuyo tenor "*[s]erán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*".

231. Tratándose de condiciones generales en contratos con consumidores, el artículo 8.2 LCGC remite a la legislación especial: "*[e]n particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuario*".

232. El artículo 3.1 de la Directiva 93/ 13 dispone que "*[l]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*". A su vez el artículo 82.1 TRLCU dispone que "*[s]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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*".

233. El análisis de las normas transcritas permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario-.

234. Antes de examinar si las cláusulas son contrarias a la buena fe y si causan desequilibrio importante en perjuicio del consumidor son necesarias algunas precisiones, habida cuenta de que nuestra decisión responde a un control de abusividad abstracto, aunque tome como punto de referencia las concretas cláusulas utilizadas por las demandadas en los documentos transcritos con detalle en su parte bastante en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.

2.2. El momento y las circunstancias a tener en cuenta.

235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 93/13 *[...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa*" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lizing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71)

236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que *"[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa"*.

237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, 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. También deberá valorar todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

238. Estas reglas deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.

239. Tampoco incide en nuestra valoración el hecho de que, en ocasiones, el consumidor se subrogue en la posición que antes ocupaba un profesional, ni el hecho de que no sea aplicable en todos los supuestos la OM de 1994.

2.3. El desequilibrio en función de los bienes y servicios.

240. Para juzgar sobre el equilibrio de las condiciones incorporadas a contratos con consumidores hay que atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales.

241. Así lo impone el considerando decimoctavo de la Directiva 93/13 según el cual *"[l]a naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales"*, y el tenor del art. 4.1 *"[s]in perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato [...]"*.

242. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que *"[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato [...]"*.

2.4. El desequilibrio en las obligaciones no recíprocas.

243. Una última precisión antes de abordar el examen de si las cláusulas suelo impugnadas son abusivas. No existe en el Derecho de la Unión, ni en el Derecho nacional norma alguna que refiera el desequilibrio entre los derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas - aquellas en los que los sujetos son a la vez acreedores y deudores entre sí, de tal forma que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación-, y menos aun para limitar su aplicación a aquellos en los que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato.

244. Lo expuesto nos releva de entrar en el examen de la espinosa cuestión sobre la subsistencia de la categoría romana de los contratos reales, en los que, como excepción a la regla general contenida en el artículo 1261 CC, la *datio rei* (entrega de la cosa) opera como elemento del contrato, si bien no estará de más significar que, pese a que en algunas decisiones de esta Sala se ha mantenido su naturaleza real y unilateral - en este sentido se pronuncia de forma contundente la STS 495/2001, de 22 de mayo, RC 677/1996, al afirmar que *"[e]l contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa [...]"* Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuuario o prestatario" -, otras afirman su posible carácter bilateral -la STS 1074/2007, de 10 de octubre, RC 4386/2000 precisa que *"[...] no es lo mismo al contrato bilateral de préstamo y la constitución unilateral del derecho real de hipoteca [...]"*.

245. En definitiva, la finalidad de la normativa de consumo y la generalidad de sus términos imponen entender que el equilibrio de derechos y obligaciones es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el empresario haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones. El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos. Más aún, las SSTs 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, mantuvieron la posibilidad de cláusulas abusivas precisamente en contratos de préstamo.

2.4. Conclusiones.

246. De lo expuesto cabe concluir que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores:

a) Debe referirse al momento de la litispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes.

b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.

c) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación.

d) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

DECIMOQUINTO: LA BUENA FE Y EL EQUILIBRIO EN LAS CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS

1. Planteamiento de la cuestión

247. En el anterior fundamento hemos enumerado los requisitos precisos para que las cláusulas incorporadas a contratos suscritos con consumidores y usuarios sean calificadas como abusivas.

248. Ya hemos razonado que las condiciones generales impugnadas han sido predispuestas para ser incorporadas a pluralidad de contratos y hemos precisado algunos extremos que enmarcan nuestra decisión.

249. Resta analizar si las cláusulas examinadas, cuando incumplan el deber de transparencia en los términos indicados, deben ser consideradas abusivas por causar desequilibrio en perjuicio del consumidor, extremo este que no examinó la sentencia recurrida, al rechazar el control del carácter abusivo de las cláusulas de estabilización de tipos de interés.

250. En efecto, que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describan o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad -este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas.

2. Valoración de la Sala.

2.1. El desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe.

251. El artículo 3 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no ha sido negociada individualmente (SSTJUE de 7 de mayo de 2002 , Comisión/Suecia apartado 17, C-478/99, Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, apartado 19, y las ya citadas Pannon GSM apartado 37, VB Pénzügyi Lízing, apartado 42 y Aziz apartados 67).

252. Tampoco la norma española contiene especiales precisiones de que qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales -su incorporación a pluralidad contratos con consumidores- y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva.

253. Antes bien, es necesario proyectarla 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. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto.

254. En este sentido apunta la ya citada STJUE de 14 de marzo de 2013 , Aziz, que, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, en el apartado 68 afirma que "[...] tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido [...], y en el apartado 69 que "[e]n lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto 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".

2.2. La licitud de las cláusulas suelo.

255. Antes de entrar en el examen del carácter abusivo de las cláusulas impugnadas, conviene rechazar la pretensión de las recurrentes a fin de evitar equívocos.

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.

260. Más aún, para justificar su pretensión AUSBANC alude a la proposición de Ley 122/000276 sobre modificación del TRLCU publicadas en el Boletín del Congreso de 18 de marzo de 2011, por la que se pretendía añadir al artículo 87 TRLCU un nuevo epígrafe y que no fue tramitada al disolverse las Cortes Generales.

261. Pues bien, como pone de relieve una de las recurridas, AUSBANC ha ocultado que esta proposición coincide con la enmienda 1 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, publicada en el Boletín del Congreso de 16 de marzo de 2011, y con la enmienda 3 formulada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés publicada en el Boletín del Senado de 9 de mayo de 2011 y que:

a) Las expresadas proposición y enmiendas parten de que las cláusulas suelo son lícitas, sin perjuicio de la conveniencia de que el legislador fije ciertos topes.

b) Las enmiendas en el Congreso fueron rechazadas por la Comisión según consta en el Diario de sesiones de 12 de abril de 2011 por votación que arrojó el siguiente resultado: 2 votos a favor, 22 en contra y una abstención.

c) Las formuladas en el Senado fueron rechazadas el 8 de junio de 2011 en votación con los siguientes resultados: 13 votos a favor, 230 en contra y 1 abstención.

262. Finalmente, desde la perspectiva de la utilidad práctica de la existencia de tales cláusulas para el consumidor, el apartado 4 del IBE indica que "[s]u eventual supresión podría conllevar o bien el descenso del volumen de crédito hipotecario disponible, o bien el aumento del coste del crédito y la reducción del plazo de las operaciones.

2.2. El desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos.

263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el IBE "[...] depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes".

264. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha

de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza.

DECIMOSEXTO: LA NULIDAD PARCIAL DE LOS CONTRATOS

2. La Nulidad parcial del contrato.

2.1. El principio *utile per inutile* en general.

265. A diferencia de otros, como el italiano y el portugués, que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* [lo válido no es viciado por lo inválido]. No obstante lo cual, la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del *favor negotii* o tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (SSTS 488/2010 de 16 julio. RC 911/2006 ; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007 ; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009 ; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009).

2.2. El principio *utile per inutile* en condiciones generales.

266. Por el contrario, cuando se trata de contratos en los que se han insertado condiciones generales nulas, la legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir. A tal efecto, en el caso de acciones ejercitadas por los adherentes, el artículo 9.2 LCGC, dispone que "[l]a sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil".

267. Si la nulidad se declara a causa de la estimación de acciones de cesación, la norma también atribuye al juez la posibilidad de declarar la validez parcial de los contratos afectados por la declaración de nulidad de alguna de las condiciones insertas en ellos, y en el artículo 12.2 LCGC dispone que "[l]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia [...] determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz".

2.3. El principio *utile per inutile* en contratos con consumidores.

268. La LCU, en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que "[s]erán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo".

269. La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que "[...] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia" y que en el artículo 6.1 dispone que "[l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

2.4. La improcedencia de integrar el contrato con consumidores en caso de nulidad parcial.

270. El artículo 10.bis LCU, introducido por la Disposición Adicional 1.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, modificó dicho régimen ya que, por un lado mantuvo la nulidad de las cláusulas y, por otro, tratando de

restablecer el equilibrio interno del contrato admitió su integración. Así lo dispone el primer párrafo del artículo 83.2 TRLCU, a cuyo tenor "[...]a parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva".

271. Además, otorgó al juez facultades para inmiscuirse en el contrato y moderar su contenido. Así lo dispuso el segundo apartado del artículo 83.2 TRLCU, a cuyo tenor "[a] estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

272. Finalmente, reservó la nulidad para supuestos en los que no era posible la reconstrucción equitativa "para ambas partes", al disponer en el párrafo tercero del propio artículo 83.2 TRLCU, que "[s]ólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato".

273. La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".

2.5. La subsistencia de los contratos

274. Como hemos indicado las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato -de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados-. También hemos indicado que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa". Más aún, las propias imponentes han escindido su tratamiento.

275. Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia.

3. Conclusiones

276. Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones:

- a) Procede condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas en la forma y modo en la que se utilizan.
- b) Igualmente procede condenar a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan.
- c) Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas.

DECIMOSÉPTIMO: EFICACIA NO RETROACTIVA DE LA SENTENCIA

1. Planteamiento de la cuestión

277. El Ministerio Fiscal en su recurso interesa que se precise el elemento temporal de la sentencia, ya que "Si se otorga este efecto retroactivo total [...] quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que [...] habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas", a lo que añade que "no creemos sea ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso".

2. Valoración de la Sala

2.1. La condena a cesar en el uso de las cláusulas

278. La Directiva 93/13 dispone que los Estados velarán por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, lo que incluye disposiciones que permitan a organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen, a tenor del artículo 7.2 de "[s]i ciertas cláusulas contractuales, redactadas

con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas".

279. En el Derecho interno, tratándose de condiciones generales, el artículo 12.2 LCGC se proyecta hacia el futuro y dispone que "[l]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo [...]".

280. Cuando la acción de cesación se refiere a cláusulas abusivas en contratos con consumidores y usuarios, el artículo 53 TRLCU dispone que "[l]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura".

281. Esta proyección de la sentencia al futuro ha sido confirmada desde la perspectiva del derecho a la privacidad de los consumidores y su tutela frente a las asociaciones de usuarios en la STC 96/2012, de 7 de mayo, al rechazar una pretensión de AUSBANC de que le fuesen cedidos datos personales de consumidores contratantes con una entidad de crédito, al afirmar que "[...] para ejercitar la acción de cesación que se postula como motivo principal para la admisión de solicitud de las diligencias preliminares, no son necesarios los datos personales que se solicitan en la demanda (tal y como recoge el art. 15.4 LECiv), pues la Ley de enjuiciamiento civil no considera necesaria ninguna publicidad, ni llamamiento, ni intervención de los consumidores en ese tipo de procesos, dado que con la acción de cesación lo que se persigue es una condena para que el demandado cese en una determinada conducta, o una condena que prohíba su reiteración futura (ex art. 53 del texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios)".

2.2. Los efectos retroactivos de la nulidad.

282. Como apunta el Ministerio Fiscal, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos las existentes, cuando estas se han utilizado en el pasado.

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

284. Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, "[...] de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "*condictio in debiti*". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".

285. Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que "[l]a decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*)".

286. También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, ya que, como afirma la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58 "[...] según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 2 de febrero de 1988, Blaizot y otros, 24/86, Rec. p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2006, Skov y Bilka, C-402/03, Rec. p. I-199, apartado 50; de 18 de enero de 2007, Brzeziński, C-313/05, Rec. p. I-513, apartado 55, y de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10, apartado 32)".

2.3. La posibilidad de limitar la retroactividad

287. No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que "[...] *as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes*".

288. Singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados (en este sentido, artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial).

289. También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio , 281/1995 de 23 octubre , 185/1995, de 14 diciembre , 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo .

290. En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que "[...] *la eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley*".

291. También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que "[...] *la "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad*" (STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009).

292. Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo DE 2013 , RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59, dispone que "[...] *puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012 , Rçdlihs, C-263/11 , Rec. p. I-0000, apartado 59)*.

2.4. La irretroactividad de la sentencia

293. En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que:

a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] *casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable*".

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas

2.4. Conclusiones.

294. Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

DECIMOCTAVO: LA PUBLICIDAD DE LA SENTENCIA

295. El artículo 21 LCG atribuye al tribunal la facultad de acordar la publicidad del fallo de la sentencia junto con el texto de la cláusula cuya nulidad se declara o cuya utilización se prohíbe, lo que debe ponerse no en relación con el eventual desprestigio del profesional o empresario a modo de pena de capirote, sino en función de la utilidad práctica de la difusión del contenido de la prohibición, sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en el artículo 22 LCG, a cuyo tenor "*[e]n todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo*".

296. En el caso enjuiciado no procede la publicación de las cláusulas cuya utilización se prohíbe, dada su licitud intrínseca, ya que el cese se basa en:

a) 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.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) 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.

e) 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.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

297. Por el contrario procede la condena a la publicación del fallo en un diario en la forma indicada en la sentencia de la primera instancia sin que se aprecie utilidad real alguna de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

DECIMONOVENO: EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD.

298. Como hemos declarado en la STS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006 , la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa.

299. A tal fin, con precedentes en el ámbito del proceso contencioso-administrativo cuando el objeto del proceso es una disposición general, es preciso superar las fronteras subjetivas que fija el artículo 222.3 LEC -*[[]la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley "*- y proyectar sus efectos *ultra partes* , como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas, y a tal efecto la regla 2ª del artículo 221.1 dispone que *"[s]i como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinara si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente"*.

300. Sin embargo, tal proyección erga omnes exige tener en cuenta que la EM LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que *"[e]n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora"*, y en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos.

VIGÉSIMO: COSTAS

301. La estimación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, es determinante de que no proceda la imposición de las costas causadas por ambos recursos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398.2 LEC .

302. Los importantes matices introducidos en la sentencia son determinantes de que no pueda entenderse estimada íntegramente la demanda, por lo que no ha lugar a la imposición de las costas de la primera instancia, a tenor del artículo 394.2 LEC .

303. No procede imponer las costas de la apelación que debió ser estimada en los términos desarrollados en esta sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398.2 LEC .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Primero: Estimamos el segundo submotivo del tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios, representada por la procuradora de los tribunales doña María José Rodríguez Teijeiro, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) el día siete de octubre de dos mil once, en el recurso de apelación 1604/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010 y, en su consecuencia, reconocemos a la expresada Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios capacidad procesal en este pleito para ejercitar la acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación impuestas por entidades financieras.

Segundo: Desestimamos el primer y segundo motivos y el primer submotivo del tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la indicada Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios, comparecida en autos bajo la antedicha representación de la procuradora de los tribunales doña María José Rodríguez Teijeiro, contra la expresada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) el día siete de octubre de dos mil once, en el recurso de apelación 1604/2011,



Tercero: No procede la imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal que desestimamos.

Cuarto: Estimamos en parte los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la referida Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) el día siete de octubre de dos mil once, en el recurso de apelación 1604/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010, y casamos la sentencia recurrida.

Quinto: Asumimos la segunda instancia y estimamos en parte los recursos interpuestos por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. contra la sentencia dictada el treinta de septiembre por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010.

Sexto: Desestimamos en parte la demanda interpuesta por Asociación de usuarios de los servicios bancarios (Ausbanc Consumo) y declaramos que no ha lugar a declarar la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas a contratos de préstamo a interés variable suscritos con consumidores.

Séptimo: Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia por

a) 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.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) 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.

e) 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.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Octavo: Condenamos a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización.

Noveno: Declaramos la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las expresadas Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. demandadas, concertados con consumidores en los que se hayan utilizado las cláusulas cuya utilización ordenamos cesar y eliminar.

Décimo: No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

Decimoprimeros: Acordamos la publicación de los apartados sexto, séptimo y octavo del fallo de esta sentencia en un diario de los de mayor difusión de la provincia de Sevilla, con letra de tamaño 10 o superior, a cargo de las demandadas por terceras e iguales partes en el plazo de 30 días desde su notificación.

Decimosegundo: No procede imponer las costas del recurso de casación que estimamos en parte.

Decimotercero: No procede imponer las costas de ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Juan Antonio Xiol Ríos Francisco Marín Castán

José Ramón Ferrándiz Gabriel José Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno



Rafael Sarazá Jimena Sebastián Sastre Papiol

Román García Varela Xavier O' Callaghan Muñoz

Rafael Gimeno Bayón Cobos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno Bayón Cobos** , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ

Anexo 9: Contrato novación.



CAJA INMACULADA ■

grupo  caja³

**CONTRATO DE NOVACION MODIFICATIVA DEL PRESTAMO
NÚMERO 2086.0016.**

En Zaragoza a 4 de Diciembre de 2013

De una parte:

- **BANCO GRUPO CAJATRES**, con CIF A99298689, y con domicilio en Zaragoza, Paseo de Isabel La Católica nº 6, que en lo sucesivo se denominará EL BANCO.
Actúa en su nombre y representación D.

De otra parte:

D.
En adelante LA PARTE PRESTATARIA).

Ambas partes se reconocen capacidad suficiente para este acto y

EXPONEN

I.- Que LA PARTE PRESTATARIA se subrogó mediante préstamo de referencia en fecha 25-07-2005 por importe de 13.500 eur del préstamo de promotor formalizado ante el notario María Jesús Pinedo Úbeda, en fecha 18/07/2005, garantizado mediante una hipoteca constituida a favor de EL BANCO, sobre un garaje sito en C/ de Zaragoza

II.- Que las circunstancias y condiciones financieras de la operación, y en concreto su plazo, forma de devolución, tipo de interés, periodicidad de la revisión del tipo de interés, índice de referencia, y tipo mínimo y máximo de interés (o instrumentos de cobertura de tipos de interés), fueron negociadas en la Oficina Urbana 16 , y posteriormente se hicieron constar y fueron informadas a las partes por el reseñado fedatario.

III.- Que dentro de dichas condiciones financieras se convino la aplicación de un tipo de interés variable, a partir del periodo inicial de tipo fijo pactado, que sería el resultante de aplicar la referencia pactada Euribor a un año incrementado en 1,00 puntos porcentuales, **y sin que en ningún caso pudiera ser el aplicado inferior al 3,50 % ni superior al 9,223 %.**

IV.- Que ambas partes conocen la evolución del índice de referencia convenido en la escritura de préstamo para la determinación del tipo de interés y en concreto que actualmente el ultimo aplicable del índice de referencia es el 0,491 % y que no se prevé su alza generalizada a corto plazo.

V.- Que ante la coyuntura económico-financiera actual, totalmente diferente a las circunstancias existentes cuando fue formalizado el préstamo antes reseñado, es deseo de LA PARTE PRESTATARIA rebajar el tipo de interés mínimo pactado, y del BANCO atender dicha solicitud.

VI.- Que a los efectos de este contrato de novación modificativa, la prestataria declara y reconoce en este acto que comprende que el tipo de interés mínimo (tipo suelo) convenido en el contrato y en esta novación es un elemento esencial para determinar el tipo de interés que se viene aplicando al préstamo.

En este sentido, la prestataria reconoce que se le ha reiterado la explicación, incluso con ejemplos, de que el tipo de interés mínimo se aplicará siempre y de forma preferente al tipo de interés variable convenido en la escritura de préstamo cuando el tipo mínimo sea

01/12/2013 2086.0016




superior al tipo de interés variable. También ha sido informado de la previsión de la evolución de los tipos de interés a corto plazo y de que EL BANCO, en la actualidad, tiene otros préstamos a tipo de interés variable o fijo con condiciones distintas a la ahora pactada.

Que, como prueba o acreditación del conocimiento y entendimiento de lo novado en este préstamo, el prestatario de su puño y letra realiza la manifestación que se especifica en la antefirma.

VII.- Sobre la base de los antecedentes expuestos, las partes convienen formalizar este contrato de novación modificativa, con arreglo a las siguientes

ESTIPULACIONES:

PRIMERO – Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el **2,00 %**, en sustitución del convenido inicialmente.

En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del **2,00 %** ahora convenido, se aplicará de forma preferente éste último.

SEGUNDO – El resto de condiciones financieras, incluido el tipo máximo de interés aplicable, no sufren variación alguna y seguirán en vigor a todos los efectos.

TERCERO – Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen.

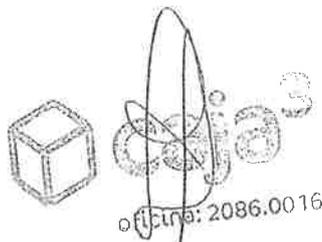
CUARTO – Igualmente las PARTES se comprometen a que las conversaciones, negociaciones y los términos de este contrato tengan carácter confidencial, asegurándose de que dicha información sólo la conozcan exclusivamente las personas que estrictamente lo necesiten por razones legales o para la ejecución del contrato. La infracción de este deber de confidencialidad podrá dar lugar a la reclamación de daños y perjuicios y a la resolución del contrato.

QUINTO.- Las partes hacen constar que la formalización del presente documento constituye una novación sujeta a la Ley 2/1994 de 30 de marzo, al convenirse expresamente una mejora del tipo de interés.

SEXTO.- Cualquiera de las partes intervinientes puede solicitar la elevación a público del contenido de los acuerdos expresados en el presente documento, en cuyo supuesto la parte requerida deberá comparecer en un plazo no superior a diez días ante fedatario público, siendo los gastos derivados de dicho otorgamiento (notariales, fiscales y registrales) de la exclusiva cuenta de la parte que inste a la otra la elevación a público de este contrato.

Los otorgantes aceptan este acuerdo en todos sus términos, lo leen, encontrándolo conforme, se ratifican y firman el mismo por duplicado y a un solo efecto.

Por el BANCO



*Soy causante y entiendo
que el tipo de interés de
mi préstamo nunca
superará el 2,00% nominal
anual*

Por la PARTE PRESTATARIA

Anexo 10: Sentencia número 175/2016



**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15
ZARAGOZA**

SENTENCIA: 00175/2016
Sección b

PLAZA EXPO Nº 6. EDIFICIO VIDAL DE CANELLAS PLANTA 3ª.
Teléfono: TF:976208510
Fax: Fax: 976208651

Equipo/usuario: SGM

Modelo: N04390

N.I.G.: 50297 42 1 2016 0008419

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000312 /2016

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a. MARIA IVANA DEHESA IBARRA

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. IBERCAJA BANCO S.A.

Procurador/a Sr/a. SONIA PEIRE BLASCO

Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A Nº 175/2016

En la ciudad de Zaragoza a catorce de septiembre de 2016.

El Ilmo. Sr. DON MANUEL DANIEL DIEGO DIAGO MAGISTRADO JUEZ del Juzgado de Primera Instancia número quince de los de Zaragoza ; habiendo visto los presentes autos de juicio ORDINARIO promovidos por representado por la PROCURADORA SRA. DEHESA IBARRA y asistida por el LETRADO SR. contra IBERCAJA BANCO SAU comparecido en las presentes actuaciones, representada por el PROCURADOR SRA. PEIRE BLASCO y asistido por el LETRADO SR. sobre reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación del actor se presentó demanda de juicio ordinario, arreglada a las prescripciones legales en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos y que se dan por reproducidos suplicó se dictara sentencia condenando al demandado en los términos interesados , con sus intereses legales y costas procesales causadas.

SEGUNDO.- Repartida la demanda a este Juzgado se emplazó a la parte demandada que compareció y se opuso a la demanda solicitando su desestimación.

TERCERO.- Se celebró la audiencia previa prevista por la ley, en la que entre otras cuestiones se declaró la pertinencia de la prueba propuesta que se estimó conducente , señalándose juicio que se celebró según obra en autos , quedando las actuaciones para sentencia.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por [redacted] se ejercitó acción individual de nulidad de condiciones generales de contratación y acción de reclamación de cantidad contra IBERCAJA BANCO SAU destacando:

a) Que en 2008 - 2009 suscribió dos préstamos con garantía hipotecaria para la compra de su vivienda en las que consta un denominado "instrumento de cobertura del tipo de interés" que limitaba la variabilidad de tipos a la baja en el 4,5% y al alta en 9,75%.

b) Falta de información y transparencia por parte de la demandada a la hora de incluir la cláusula suelo en los contratos de préstamo por: falta de información contractual y precontractual suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto del contrato ; ausencia de folleto informativo y de entrega de simulaciones y estudio previo; creación de apariencia de que el suelo fue como contraprestación inescindible a la fijación de un techo ; ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre la que queda enumerada y que diluye la atención del consumidor; inexistencia de advertencias previas claras y comprensibles sobre el coste comparativo con otros productos de la misma entidad .

c) Imposición por parte de la CAI de la cláusula suelo y su contenido.

d) Existencia de reclamación extrajudicial no atendida.

e) Acuerdo de novación que incluye una suerte de renuncia al ejercicio de acciones y que no puede convalidar la nulidad.

IBERCAJA BANCO SAU se opuso a la demanda destacando:

a) Su legitimación pasiva en la posición del Banco Grupo Caja 3 SAU.

b) Existencia de documento privado de fecha 5/11/13 de transacción y renuncia de acciones, conociendo la sentencia del TS de 9/5/13, estando debidamente informada y siendo consciente de sus actos.

c) Que al tiempo del otorgamiento de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria existió debida y suficiente información en la escritura notarial - oferta vinculante en la que se recogen todas las condiciones sustanciales y principales de la escritura de préstamo , constando expresamente haberse establecido límites a la variación de tipos de interés.

d) Falta de legitimación del actor para reclamar la totalidad de intereses pagados , por la existencia de dos prestatarios solteros y solo reclamar uno de ellos, sin que conste matrimonio.

SEGUNDO.- Para la resolución de la cuestión se reproducen los argumentos de la sentencia de 14/3/2016 de la sección quinta de la A. Prov. de Zaragoza entre los cuales se incluirán las referencias al caso concreto.

Existencia de una condición general de contratación atinente a un elemento principal del contrato y el doble control de transparencia que la jurisprudencia impone

La conocida sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 aplica a las condiciones generales de la contratación atinentes a la



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

limitación del tipo mínimo de interés la doctrina del doble control de inclusión y transparencia como requisito para evitar ser consideradas abusivas.

A este respecto, atendiendo a su carácter de condición general de contratación mantiene que:

"144. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que:

a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) 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, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial".

En lo atinente a su carácter de cláusula negociada la citada sentencia concluye:

"165. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que:

a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula pre redactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

166. Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar",

diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004 , que "la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad" .

De otra parte, mantuvo la indicada sentencia que las condiciones generales de contratación atinentes al objeto principal del contrato pueden ser 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", en dicho caso de variabilidad de los tipos.

Para ello, es necesario el doble control de transparencia que la indicada sentencia describe de la siguiente manera:

" 2.1. La transparencia a efectos de incorporación al contrato.

201. En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC - "[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-.

2.2. Conclusiones.

202. Coincidimos con la sentencia recurrida en 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.

203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC.

DECIMOSEGUNDO: EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE CONDICIONES INCORPORADAS A CONTRATOS CON CONSUMIDORES

1. Planteamiento de la cuestión

204. Admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores.

2. Valoración de la Sala

2.1. El control de transparencia.

205. El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el 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 [...]", y 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".

206. El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone 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".

207. La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.

208. En este sentido apunta el IC 2000, según el cual "[...] el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando nº 20) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)".

2.2. El doble filtro de transparencia en contratos con consumidores.

209. Como hemos indicado, las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos.

210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n 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".

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

212. 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.

213. En definitiva, como afirma el IC 2000, "[e]l 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 su decisión con pleno conocimiento de causa".

214. En este sentido la STJUE de 21 de marzo de 2013 , RWE Vertrieb AG, ya citada, apartado 49, con referencia a una cláusula que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente "[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]".

2.3. Conclusiones.

215. Sentado lo anterior cabe concluir:

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".

Control de transparencia de la condición general que impone la cláusula de interés mínimo

A juicio de la recurrente la cláusula suelo fue objeto de la debida información y explicación por la entidad al tiempo de suscribir los contratos de préstamo hipotecario. Tal conclusión la obtiene la misma de los siguientes elementos fácticos:

-La existencia de una oferta vinculante entregada por la entidad para cada contrato días antes de la suscripción de las escrituras públicas.

- ...

-Las propias novaciones contractuales realizadas posteriormente demuestran que la indicada cláusula era objeto de conocimiento en la forma exigida por la doctrina del TS.

-En las propias escrituras públicas el notario autorizante de las mismas manifestó que la escritura pública tenía el mismo contenido que la oferta vinculante, que existían limitaciones a la variación del tipo de interés y que las bandas al alza y a la baja no eran semejantes y que el prestatario reconocía en ambas que había tenido a su disposición para examinar el proyecto de escritura durante tres días hábiles y que no lo había hecho.

No se ha propuesto más prueba que la documental . El demandante era un consumidor que actuaba en el tráfico jurídico en tal condición. Es la entidad financiera demandada la que tiene la carga de la prueba de la correcta información realizada base de la aceptación de la oferta realizada , lo cual no ha quedado acreditado . De otra parte, la declaración del notario autorizante en la escritura sobre la conformidad de la escritura con la oferta vinculante, la existencia de limitaciones al tipo de interés variable y la conformidad de la escritura con la oferta vinculante de la entidad no permite, más allá de la información suministrada con el tenor literal de la escritura, dar como acreditado que se explicó por este o por el personal de la entidad el contenido de la escritura y, en especial, la cláusula en litigio. Se trata de declaraciones reiteradas o rutinarias propias de todas las escrituras que no consta en el caso concreto se explicasen de forma detallada la verdadera trascendencia jurídica que las mismas tenían.

Las ulteriores novaciones, amén de no tener valor confirmatorio alguno como se verá, impiden ser un instrumento de prueba útil para acreditar que el contenido y extensión real de las cláusulas litigiosas, tanto en el aspecto jurídico como en el económico, le fue explicado al actor en el preciso momento de decidir sobre la aceptación o no de los créditos hipotecarios suscritos.

De otra parte, no consta se hiciera simulación alguna de los efectos económicos de la cláusula suelo en un contexto bajista de tipos de interés.

En definitiva, no se acredita por la entidad que se hubiera suministrado al actor la concreta información atinente al carácter limitado de la bajada del tipo de interés de la cláusula y su real trascendencia económica y que con tales circunstancias el deudor hubiera decidido libremente aceptar o no la indicada cláusula.

Por lo demás, la tantas veces reiterada condición general reúne las circunstancias que con carácter meramente enunciativo refiere la STS nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013 en su epígrafe 225 para negar la transparencia de la cláusula:

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

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

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

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

e) ..., se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

En consecuencia, no existe el error en la valoración de la prueba denunciado en cuanto la practicada no ha acreditado que la cláusula hubiera superado el doble control de transparencia y hubiera sido aceptada por el consumidor con pleno conocimiento de su contenido y trascendencia.

Carácter no confirmatorio de las novaciones contractuales realizadas

Aunque parece que se alega como mero elemento de hecho que permite acreditar que el actor conocía las características de la cláusula en litigio, las ulteriores novaciones realizadas por el actor conociendo ya la cláusula y su contenido limitador de la bajada de los tipos de interés, no tienen carácter confirmatorio de la validez y eficacia de la misma. Así, el auto rollo 565/2015 de esta Sala ha declarado que:

"En el caso concreto, la resolución de la instancia estimó que la sustitución o novación de la cláusula tachada de nula, al no rebasar el control de transparencia exigido por la norma y su interpretación jurisprudencial, era un acto dispositivo válido de la parte actora al amparo del art. 1.255 del CC y, por tanto, equivalía a una renuncia a la invocación de la nulidad sobre la cláusula resultante.

A ese respecto la actora con fundamento en diversa doctrina nacional y del TJUE mantiene la imposibilidad de convalidar las cláusulas nulas en origen aunque no hayan sido aplicadas.

En este sentido el reciente auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha declarado respecto a la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que infrinjan la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores aunque no hayan sido aplicadas que:

"La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle. En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo -añadimos radicalmente nulo- ningún efecto produce - quod nullum est nullum producit effectum -. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual. De otra parte, la libertad contractual en la que se justifica su validez parte precisamente, no de un ámbito ilimitado contractualmente de la misma, sino, precisamente, de la validez de la cláusula que es nula y la percepción del carácter más favorable para el consumidor de la que se sustituye, cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto, con una limitación al tipo de interés inferior a la que se trata de dar efectividad por el banco para paliar los efectos de la condición general de la contratación atacada de nulidad. Incluso desde la propia eficacia del negocio jurídico, la convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno -en este sentido, pueden citarse la sentencia de la AP de Ciudad Real (Sección Primera) de 5 de marzo de 2014 y la de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Burgos de fecha 12 de septiembre y 17 de octubre de 2013-. Por último, desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora de nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación ex novo a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto.



En definitiva, no puede ser admitida la renuncia a la aplicación de la cláusula tachada de nula o la novación de la misma por otra más favorable al consumidor como causa de enervación de la apariencia de buen derecho".

Respecto a la falta de legitimación activa para reclamar la totalidad de los intereses habrá que estar a la *sentencia* de 3/6/2016 de la sección quinta de la A. Prov. de Zaragoza sobre la *solidaridad del préstamo con las consecuencias que ello acarrea*, entre otras que cada uno de los deudores puede ejercitar por si *solo* las acciones que le asisten sin necesidad de la *presencia* en juicio del otro deudor

TERCERO.- Estimada la demanda se imponen costas a la demandada (art. 394.1 LEC)

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

F A L L O

Que estimando la demanda interpuesta por
contra IBERCAJA BANCO SAU:

a) Se declara la nulidad de las denominadas cláusulas contractuales ("Instrumentos de cobertura de tipo de interés para el prestatario") de interés mínimo y se tienen estas por no incorporada en los contratos de préstamo suscritos por los actores.

b) Se declaran nulos los contratos de novación aportados como documento 4.

c) Se condena a IBERCAJA BANCO SAU al pago de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013 hasta el 27 de marzo de 2015, más los intereses legales de dichas cantidades.

d) Se condena a IBERCAJA BANCO SAU al pago de las costas procesales de esta instancia .

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla.

Dicho recurso carecerá de efectos **suspensivos**, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido **contrario** a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO DE SANTANDER en la cuenta de este expediente 4948 0000 05 0406 15 indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia **bancaria** deberá



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

EL/LA MAGISTRADO/JUEZ,



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

Anexo 11: Modelo Demanda Cláusula Suelo.

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE ZARAGOZA

Doña **, Procuradora de los Tribunales, colegiada nº ***, en nombre y representación de Doña ***, mayor de edad, con N.I.F nº *** y domicilio en Zaragoza, calle***, cuya representación se acredita mediante designación del Turno de Oficio Civil, que se acompaña al presente escrito como documento nº 1, actuando bajo la dirección de la Letrada nº *** del Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Doña ***, cuya representación se acredita mediante designación del Turno de Oficio Civil, que se acompaña al presente escrito como documento nº 2, ante el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza, que por turno de reparto corresponda, comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que siguiendo instrucciones de mi poderdante por medio del presente escrito interpongo, en nombre del mismo, **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO SOBRE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA ABUSIVA DE SUELO EN CONTRATO DE PRESTAMO HIPOTECARIO**, contra la entidad financiera “CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD”, actualmente “CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD” como resultado de la fusión que tuvo lugar el 1 de octubre de 2010, de Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Salamanca y Soria, con C.I.F G24611485 y domicilio social en León (24002), en el Edificio Botines de Gaudí de la Plaza de San Marcelo nº 5, y a efecto de notificaciones en la oficina de Zaragoza (50004) sita en la Plaza Paraíso nº 5.

La demanda se basa en los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- El día ***, Doña *** y Don ***, formalizaron la escritura de extinción de condominio en que se encontraban respecto de la finca sita en Zaragoza, en la calle *** nº ***, piso **, ante el Notario Don *** de Zaragoza con número *** de protocolo, que resultó debidamente inscrita en el Registro de la

Propiedad número *** de Zaragoza, bajo el Tomo ***, Libro ***, Folio **, y con número de finca ***; y en completo pago de todos sus derechos en la extinguida proindivisión, se adjudicó la vivienda mencionada en pleno dominio Doña *** al igual que la totalidad del préstamo hipotecario.

Se adjunta copia de la escritura de extinción de condominio debidamente registrada como documento número 3.

SEGUNDO.- Anteriormente, el ***, ambos cónyuges suscribieron con la entidad financiera “CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD”, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 102.172,06 €, sobre el bien inmueble mencionado, ante el Notario Don *** de Zaragoza con número *** de protocolo, que resultó debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad número *** de Zaragoza, bajo el Tomo ***, Libro ***, Folio ***, y con número de finca ***.

TERCERO.- En el referido contrato de préstamo hipotecario, se pacto la devolución del capital con un plazo de 25 años, mediante 300 cuotas mensuales, pagaderas por meses vencidos, debiendo efectuarse el día 20 de cada mes desde la formalización del préstamo, siendo el importe de cada una de las doce primeras cuotas de 612,26 €.

Del mismo modo, se pacto que durante los doce primeros meses de vida del préstamo, éste devengaría a favor de la Entidad prestamista un interés nominal anual del 5,25 por ciento, equivalente a un T.A.E del 5'7235 por ciento; y desde el día de comienzo del decimotercer mes, y durante el resto de la vida del préstamo el tipo de interés nominal anual, tendría carácter variable, tanto al alza como a la baja, consistiendo dicha variación en la aplicación automática al comienzo de cada anualidad del tipo de referencia interbancaria a un año (Euribor), incrementando en 0,75 puntos. **En ningún caso, el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12 por ciento ni inferior al 3 por ciento.**

Además, las cantidades vencidas en concepto de amortización y no satisfechas en sus respectivos vencimientos, devengarían un interés de demora equivalente al tipo de interés nominal anual que en ese momento devengase el préstamo, incrementando en 6 enteros, liquidable día a día.

Se adjunta copia de la escritura del préstamo debidamente registrada como documento número 4.

CUARTO.- Con fecha ***, mi representada formuló un escrito remitiéndose al Director de la Entidad, en el que le informaba que como titular del contrato de préstamo que tiene suscrito con la financiera, la misma le había incorporado una cláusula de límite mínimo a la variación del tipo de interés aplicable, estableciéndose un interés nominal anual del 3%. A este respecto, mi representada, le requería para la inaplicación de dicha cláusula, el recalcule de las cuotas satisfechas en el préstamo y por consiguiente, el oportuno abono del importe resultante de la diferencia entre la cantidad abonada por mi representada y la que realmente hubiera debido abonar sin esa cláusula.

Se adjuntan copia del escrito formalizado por mi representada ante la Entidad financiera como documentos número 5.

QUINTO.- Con fecha ***, la Entidad financiera emitió escrito de contestación por el que se notificaba la negativa a la anulación de la referida cláusula suelo.

Se adjuntan copia del escrito de contestación de la Entidad financiera como documentos número 6.

SEXTO.- Mi representada interpuso el *** una reclamación contra la entidad "CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD" ante el Servicio de Atención al Cliente del Banco de España (SAC, Departamento de Conducta y Mercado y Reclamaciones del Banco de España), por la que mostraba su disconformidad

respecto a la abusiva inclusión en su préstamo hipotecario de una cláusula de limitación a la variación del tipo de interés o “cláusula suelo”.

Por ello, solicitaba la inaplicación de la antedicha cláusula de limitación mínima de la variación del tipo de interés de su préstamo hipotecario, el recálculo de las cuotas y la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas.

Se adjunta reclamación formalizada ante el Servicio de Atención al Cliente del Banco de España como documento número 7.

SÉPTIMO.- Con fecha ***, el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España, emitió informe en el cual se establecía, que **“la actuación por parte de la entidad financiera podría ser constitutiva de quebrantamiento de normas de transparencia y protección de la clientela, al no haber acreditado informar adecuadamente a mi representada sobre la inclusión en su préstamo hipotecario de una cláusula de limitación a la variación del tipo de interés”**.

Se adjuntan informe emitido por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España como documento número 8.

ÓCTAVO.- A lo largo del desarrollo del contrato, mi representada ha venido cumpliendo estrictamente con el abono de todas y cada una de las cuotas devengadas del préstamo hipotecario, incluso cumpliendo con la cláusula suelo a favor de la entidad financiera, desconociendo totalmente el efecto que podría tener la misma incorporada de otra forma unilateral y subrepticia por la demandada en el contrato de préstamo.

NOVENO.- Como premisa hay que partir de que mi representada no tiene conocimientos financieros de ningún tipo, más allá de los que puede tener cualquier ciudadano que contrata con su banco de confianza un contrato de cuenta corriente asociada a una tarjeta de crédito, así como el préstamo cuya cláusula se impugna en la presente acción.

En el presente caso, **la cláusula suelo**, atendiendo al proceso que ha seguido para su inclusión en el contrato, tiene naturaleza de condición general de la contratación, y forma parte del precio que debe pagar el prestatario, definiendo el objeto del contrato al consistir en un "método de cálculo" del mismo.

Para determinar si la cláusula suelo es abusiva nos basamos en el control del cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales al contrato, conforme a los artículos 5 y 7 de Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), así como lo preceptuado en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, que garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas, de determinación de intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del EURIBOR; tales requisitos son la puesta a disposición, claridad, comprensibilidad, concreción y sencillez en su redacción.

En este caso la entidad financiera no entregó oferta vinculante o documento asimilado con las condiciones financieras del crédito en los términos exigidos por la **Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia en los contratos hipotecarios**. La entidad bancaria no cumplió con los requisitos de información precontractual necesarios para superar el control de incorporación de la cláusula al contrato. Pues no consta, ni se ha aducido por la demandada la entrega de documentación alguna previa en la que se le informara de forma clara y definitiva de las condiciones del préstamo hipotecario, de manera que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado correctamente.

Por otra parte, cabe entender que mi representada tiene la condición de consumidor con base en la definición establecida en el artículo 3 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

A dicho contrato le es aplicable la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, dado que según lo dispuesto en su

artículo 8 declara nulas de pleno derecho las condiciones generales abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, como ocurre en el presente caso puesto que Doña *** era la destinatario final de la vivienda, entendiéndose por cláusulas abusivas las definidas en el artículo 82 del citado RDL 1/2007, de 16 de noviembre.

Constatándose la falta de reciprocidad en las prestaciones entre mi representado y la entidad, dado que el límite máximo determinado por la cláusula suelo es en la práctica inalcanzable. Dicha falta de reciprocidad es el motivo por el que se debe declarar abusiva y nula la cláusula objeto de esta demanda, pues se produce un claro desequilibrio entre los derechos y obligaciones derivados del contrato por la falta de relación de equivalencia o semejanza entre la limitación a la baja y la limitación al alza.

Por todo ello, solicita la nulidad dicha cláusula y la reintegración de las cantidades indebidamente cobradas.

DÉCIMO.- Por otro parte, resulta importante hacer mención a la situación económica de mí representada, que se encuentra en situación laboral de desempleo desde el ***, y los únicos ingresos mensuales que puede percibir giran en torno a los *** Euros, con los cuales tiene que afrontar todos los gastos suyos y los de su hija de 10 años con la que convive.

UNDÉCIMO.- Pese a los reiterados intentos de llegar a un acuerdo amistoso con la entidad demandada, esto ha sido imposible, por lo que no ha quedado más remedio que la interposición de la presente demanda judicial con la finalidad de que se declare nula de pleno derecho la cláusula suelo, se tenga por no puesta, y accesoriamente se restituyan las prestaciones *ex artículo* 1303 del Código Civil.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. **CAPACIDAD**.- Las partes ostentan la capacidad procesal necesaria conforme a lo establecido en los artículos 6 y siguientes de la LEC.

II. **REPRESENTACIÓN Y DEFENSA**.- Es preceptiva la intervención por medio de Procurador y la asistencia de Letrado, conforme a los artículos 23 y 31 de la LEC, a lo que se da satisfacción en la presente demanda.

III. **LEGITIMACIÓN**.- Corresponde la legitimación activa directa a la actora de conformidad con lo establecido en el artículo 16.3 de la Ley 7/98, de 13 de abril y 11 de la LEC. La legitimación pasiva a la Sociedad demandada "CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD" como autora material de la redacción de las condiciones generales objeto de la impugnación, artículo 17 de la Ley 7/98.

IV. **JURISDICCION**.- Corresponde conocer del proceso a la jurisdicción civil, con arreglo a lo establecido en los artículos 9.2 y 21.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

V. **COMPETENCIA**. Es competente el Tribunal al que nos dirigimos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1.14º de la LEC, al corresponder el Juzgado al domicilio del demandante.

VI. **PROCEDIMIENTO**.- La presente demanda deberá sustanciarse por las normas del juicio ordinario, a tenor de lo prevenido en los artículos 248 y 249.1.5º de la LEC, a en virtud del criterio de atribución preferente de la materia de condiciones generales de contratación.

VII. ACUMULACION DE PRETENSIONES Y CUANTIA.- En cuanto al requisito prevenido en el artículo 253 de la LEC, que exige que se exprese justificadamente la cuantía de la demanda, se debe considerar que por la presente demanda se formulan dos pretensiones acumuladas: la primera pretensión consiste en la declaración de nulidad por abusiva de una condición general y la segunda pretensión se refiere a la reintegración de las cantidades indebidamente cobradas por la demanda.

Respecto de la primera pretensión, como no es posible predecir cuál será la evolución de los tipos de referencia en el futuro, no se puede en este momento determinar la diferencia futura entre la clausula suelo y la que se tuviese que aplicar en su caso de anulación. Por tanto, no siendo posible la determinación de la cuantía para esta pretensión, ni aún en forma relativa, la demanda se considerará de cuantía indeterminada.

VIII. ASUNTO DE FONDO.- Se ejercita la acción de cesación, a la que podrá acumularse, como accesoria la devolución de las cantidades cobradas en su caso, con ocasión de cláusulas nulas, así como una indemnización por los daños y perjuicios causados, según establece el artículo 12.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en su redacción dada por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Normativa que es de aplicación según el artículo 59.3 RDL 1/2007, de 16 de noviembre, del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Los artículos 80 y siguientes del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y artículos 1, 8 y 12 y demás concordantes de la citada Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, desarrollan el concepto de cláusula abusiva, entendiendo por tales todas aquéllas 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 (artículo 82). Teniendo la cláusula objeto de esta demanda tal carácter, al señalar unilateralmente, un plazo de vigencia de 25 años,

duración desproporcionada, y estableciendo una obligación de pago por los servicios prestados, sin especificación ninguna de a que corresponde ese pago.

Por lo que de acuerdo a la normativa citada anteriormente y al artículo 83 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, debe establecerse que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, tal y como recogen las STS, Sala Primera, de lo Civil, 861/2010, de 29 de diciembre, y la STS, Sala Primera, de lo Civil, 75/2011, de 2 de marzo.

IX. INTERESES.- Procede, asimismo, imponer intereses sobre dicha cantidad, de conformidad con los artículos 1.101 y 1.108 del Código Civil.

X. COSTAS.- Deberá condenarse en costas al demandado conforme a lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC.

SUPlico AL JUZGADO que, teniendo por formulada esta demanda frente a la entidad con los documentos que se acompañan y copias de todo ello, se sirva admitirlo, y de por declarada **NULIDAD DE CLÁUSULA SUELO EN CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y LA RESTITUCIÓN DE LOS INTERESES INDEBIDAMENTE COBRADOS POR EL BANCO** conforme a la liquidación presentada, y después de cumplidos los demás trámites procesales, se dicte en su día Sentencia en la que se condene a la entidad financiera demandada a eliminar del contrato de préstamo hipotecario celebrado con Doña *** la cláusula de suelo limitativa del tipo de interés variable del contrato Y A LAS COSTAS.

Es justicia que pido en Zaragoza, a ***.