

JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 1 DE CASTELLON

Procedimiento: Juicio Ordinario - 000906/2013-V

N.I.G.:12040-66-2-2013-0001015

Demandante: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. OLUCHA VARELLA, ROSA Mª

Demandado/a: D/ña. BANCO POPULAR S.A.

Procurador/a Sr/a: [REDACTED]

SENTENCIA Nº 104/2014

MAGISTRADO - JUEZ QUE LA DICTA: Ilmo/a Sr/a D/Dª FRANCISCO GIL MONZO

Lugar: CASTELLON

Fecha: 17 de noviembre de 2014

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado:

Procurador: Rosa Mª Olucha Varela

PARTE DEMANDADA: BANCO POPULAR S.A.

Abogado:

Procurador: [REDACTED]

OBJETO DEL JUICIO: Condiciones generales de la contratación

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El/la Procurador/a Rosa Mª Olucha Varela en nombre y representación de [REDACTED] presentó, el 27 de noviembre de 2013, demanda de juicio ordinario contra BANCO POPULAR ESPAÑOL en la que ejercía ACCIÓN INDIVIDUAL DE NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, reclamando asimismo la imposición de costas a la demandada. A la demanda se adjuntaba documental.

SEGUNDO.- La demanda fue admitida a trámite mediante Decreto 8 de enero de 2014, acordando el emplazamiento del demandado.

TERCERO.-El/la Procurador/a [REDACTED] en nombre y representación de BANCO POPULAR S.A. contestó a la demanda mediante la presentación del correspondiente escrito el 12 de febrero 2014 solicitando su desestimación.

CUARTO.-Mediante Diligencia de Ordenación de 13 de febrero de 2014 se tuvo por contestada la demanda, convocándose audiencia previa con los oportunos apercibimientos para el día 3 de junio de 2014.

QUINTO.-Llegado el día señalado, se celebró la Audiencia Previa que se documentó en

soporte audiovisual. No habiéndose opuesto excepciones de carácter procesal, se dio la palabra a las partes para alegaciones complementarias o aclaratorias, que fueron realizadas en los términos que constan registrados en los soportes audiovisuales dispuestos al efecto. Delimitadas las cuestiones controvertidas, las partes propusieron prueba. En concreto se propusieron y admitieron los siguientes medios de prueba, a instancia de la actora; la documental que se tuvo por reproducida; más documental; la pericial de Miguel Gálvez Hernández; a instancia del demandado, la documental, que se tuvo por reproducida, el interrogatorio de los actores, la testifical [REDACTED] Señalada fecha para juicio, se dio por terminado el acto.

SEXTO.-El juicio se celebró el 5 de noviembre de 2014 y se documentó asimismo en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. Se practicaron las pruebas propuestas y admitidas y se concedió la palabra a las partes para que formularan sus conclusiones, quedando a continuación los autos vistos para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El objeto del presente procedimiento está constituido por el ejercicio de una pretensión mixta declarativa de condena, en virtud de la cual se pide la declaración de nulidad de la cláusula controvertida y la condena de la entidad demandada a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas en aplicación de la misma. En concreto, se insta la nulidad de las siguientes cláusulas de la escritura de compraventa, subrogación y novación de préstamo hipotecario suscrito con la demandada el 14 de diciembre de 2007 y autorizada por el Notario [REDACTED] bajo el nº 3.033 de su orden de protocolo:

1. La cláusula sexta que bajo la rúbrica "LÍMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERES" dispone que *" las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea este el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 3.80% nominal anual"*.

Por su parte el demandado opone, en resumidas cuentas, en relación a la llamada cláusula suelo, que no estamos en presencia de una condición general de la contratación, toda vez que la misma fue objeto de negociación individualizada; que el consumidor fue adecuadamente informado del contenido de la misma de conformidad con lo dispuesto en el marco normativo que resultó de aplicación; que, en fin, en ningún caso puede recibir la consideración de abusiva puesto no genera desequilibrio contrario a la buena fe alguno en perjuicio del adherente.

SEGUNDO.- DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

A la vista de las manifestaciones de las partes, resulta que es objeto de controversia, en primera instancia, en tanto que no se cuestiona la condición de consumidor del actor, si estamos o no en presencia de una verdadera condición general de la contratación. Antes de entrar a valorar si la cláusula impugnada puede o no recibir tal consideración, entiendo conveniente realizar un somero esbozo acerca de qué requisitos debe reunir una cláusula para que pueda ser conceptuada como condición general, tomando, a estos efectos, como insoslayable referencia la doctrina que se desprende de la STS de 9 de mayo de 2013, la cual constituye una suerte de compendio de la posición que nuestro más Alto Tribunal sostiene, hasta el momento, sobre tales cuestiones.

Como sabemos el art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la

Contratación EDL 1998/43305, establece en el apartado 1º lo que se entiende por "condiciones generales de contratación" a los efectos de aplicación de la Ley: " Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos" y el apartado 2º del mismo precepto aclara que "(E)l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión."

La meritada STS de 9 de mayo de 2013, deduce de este precepto los siguientes requisitos para considerar que una cláusula es una condición general de la contratación (Fundamentos 137 y 138):

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

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

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse"

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".

La citada STS hace particular hincapié en uno de los requisitos cuya concurrencia podemos considerar indispensable para calificar de condición general una determinada cláusula, a saber, la imposición, requisito respecto del cual puntualiza (F 147 y ss) que el " art. 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes..." si bien "... al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores, ha de acudir al art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, conforme al cual "(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..." "precepto

cuyo contenido reitera sustancialmente “...El art. 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios EDL 1984/8937 , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre EDL 2007/205571 “(S)e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente...”” ...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”. “... 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”. “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”. En esta línea, la SAP de Pontevedra de 14 de mayo de 2014 apunta que “El elemento determinante para constatar la naturaleza “impuesta” de una cláusula es, en orden a la individualización o singularización del contrato, la ausencia de una negociación individual que permita al consumidor influir en su supresión, sustitución o modificación de su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar”

También en la referida sentencia el TS analiza a quién corresponde la carga de probar que una condición del contrato no ha sido individualmente negociada, concluyendo que la carga de la prueba se desplaza hacia el predisponente sobre la base, fundamentalmente, de estos tres argumentos: 1) Que es un hecho notorio que los servicios bancarios y financieros son de los que más estandarizados, y por ende, de los que más condiciones generales de la contratación incorporan , siendo preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 como la doctrina jurisprudencial sobre la exención de prueba de los hechos notorios (cfr. SSTs de 2 de marzo de 2009, 9 de marzo de 2009, 18 de noviembre de 2010 y 9 de mayo de 2013) (F 157); 2) que el art. 82.2 párrafo 2º del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en directa relación con el art . 3.2 párrafo 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril dispone que “(E)l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”—precepto que, obviamente, excluye el debate cuando el adherente sea un consumidor-; 3) que es el predisponente y no el adherente a quien corresponde acreditar el carácter negociado de la cláusula examinada, en la medida que constituye una suerte de “probatio diabólica” imponer al adherente la prueba de un hecho negativo como la ausencia de negociación (F 164).

El demandado, como se ha dicho, niega a la cláusula impugnada la consideración de

condición general, afirmando que respecto de la misma existió una negociación individualizada previa a su incorporación. Como prueba de la existencia de dicha negociación el demandado señala que el actor no se subrogó íntegramente en las condiciones suscritas por el promotor, sino que se novaron algunos extremos del contrato de préstamo hipotecario originario concertado con él. En concreto, fruto de lo que el demandado entiende que fue una negociación, se modificó a la baja el importe de la cláusula suelo y se eliminó la cláusula techo, modificaciones que se hicieron constar por el Notario en la propia escritura (páginas 16 y 17 de la escritura doc 4 de la demanda). Por otra parte, razona la defensa de la demandada, que ni las condiciones examinadas ni el contrato en su conjunto le fueron impuestos al actor, que en todo momento pudo optar entre subrogarse en la hipoteca del promotor y concertar un préstamo hipotecario con otra entidad. Ambos extremos fueron confirmados por el testigo, [REDACTED], director de la sucursal en la que se atendió al actor.

A mi juicio, ni está acreditado, a través de documentos que así lo atestigüen, que se produjera la mencionada negociación –ni siquiera que el cliente tuviera conocimiento de la existencia de la cláusula, como luego veremos- ni en el caso en el que ésta hubiera tenido lugar en los términos descritos, podría hablarse de negociación propiamente dicha a los efectos que nos ocupan, puesto que si, como hemos dicho, la negociación individualizada que permite excluir una cláusula contractual de la conceptualización de condición general de la contratación, es aquella que, atendidas las circunstancias concurrentes, permite afirmar que el consumidor, cuanto menos potencialmente, pudo influir en la configuración definitiva de los aspectos esenciales del contrato, como sucede, generalmente, cuando ambas partes se hayan en una posición de igualdad, nunca podríamos considerar como negociación a los efectos que nos ocupan, el acuerdo sobre reducción de un aspecto de matiz, como es el importe concreto de la cláusula suelo cuya presencia en el contrato estaba fuera de toda discusión, como reconoció el director de la sucursal (min 4:57 y 5:36 de la grabación), que no solo dijo que el contrato se presentó redactado en sus términos esenciales, sino que, en particular, (minuto 6:22 de la grabación) llegó a afirmar que “el banco en aquel tiempo no comercializaba préstamos sin cláusula suelo”.

Por otra parte, es importante no confundir entre la imposición del contrato y la imposición de las condiciones del contrato, puesto que si bien es cierto y no se discute, que el actor tuvo plena libertad de contratar con una u otra entidad, también lo es que en el contrato que nos ocupa careció de influencia en la configuración definitiva de sus aspectos sustanciales, es decir, que el contrato le fue impuesto.

La insuficiencia de la prueba descrita en orden a acreditar la existencia de una verdadera negociación individualizada de la cláusula controvertida, tan solo puede perjudicar, de acuerdo con las reglas sobre la carga de la prueba anteriormente explicitadas, a la entidad demandada, de modo que es posible concluir que estamos en presencia de una condición general de la contratación.

TERCERO.-DEL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

Es importante reseñar que el TS no execra, ni mucho menos, la existencia de las condiciones

generales de la contratación, realizando en los Fundamentos 139, 140, 141 y 166 de la STS de 9 de mayo de 2013 una interesante reflexión acerca de la génesis y razón de ser de los llamados “contratos masa” que son aquellos caracterizados por incorporar cláusulas como las perfiladas en el epígrafe anterior. Entiende nuestro Alto Tribunal que el recurso a esta “mecánica” de contratación es algo propio de los tiempos que corren y se justifica en la necesidad de agilizar y dotar de cierta seguridad jurídica a las transacciones comerciales. Ahora bien, lo dicho no es óbice para dejar de poner de relieve los riesgos que para la parte más débil, el adherente, pueden derivarse de esta forma de contratar, sobre todo cuando viene referida a bienes de primera necesidad y el adherente es un consumidor, consistiendo el riesgo denunciado en que la ausencia de negociación individualizada puede convertir esta especie contractual en caldo de cultivo idóneo para que el profesional o predisponente se reserve todas las ventajas en la contratación.

Es precisamente en este contexto en el que surge la ya apuntada Ley 7/1998 de 13 abril de Condiciones generales de la contratación de cuyo texto deduce doctrina y jurisprudencia la existencia, orientada a la adecuada tutela de los derechos del adherente, de un sistema de doble control que debe superar toda condición general para que pueda considerarse válida y eficazmente incorporada al contrato.

En primer lugar, tendríamos, el conocido como “control de transparencia”, dentro del cual podemos a su vez distinguir entre el control llamado de “incorporación, inclusión o transparencia documental” con fundamento en los arts 5.1 y 7 de la LCGC y el denominado control de “transparencia” propiamente dicho o de “comprensibilidad real” el cual, introducido por la STS de 18 de junio de 2012, ha sido desarrollado en su concepto por la STS de 9 de mayo de 2013 que, entre otros aspectos que más adelante examinaré, sitúa su apoyatura en el art 80.1 del TRLGDCU e indica que entra en juego tan solo cuando el adherente sea un consumidor. En segundo lugar, tendríamos el acuñado como “control de contenido” que incluiría tanto los supuestos de nulidad contractual general (art 8.1 de la LCGC) como la nulidad fundada en el carácter abusivo de las cláusulas contractuales (8.2 de este mismo Cuerpo Legal en relación con los arts. 82 y ss. TR-LGDCU).

CUARTO.-DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN

Como he dicho el control de incorporación tiene apoyatura concreta en los art 5.1 de la LCGC que dispone que *“Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas”* y en el art 7 del mismo Cuerpo Legal *“No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.* Como razona la citada STS en su F 200, responde el control de incorporación al propósito de dilucidar 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”*

TS toma como referencia fundamental a los efectos de valorar si una determinada condición general incluida en un préstamo hipotecario supera o no el control de incorporación, las

disposiciones de la OM de 5 de mayo de 1994, entendiendo que si bien es cierto (F 175) 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*”, (F 202) “*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*.” Es decir, en otras palabras, se entenderá válidamente incorporada al contrato aquella condición general cuya incorporación se haya producido en cumplimiento de las exigencias sancionadas en la citada OM 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.

La aplicación de la OM de 5 mayo de 1994 precisa, entre otros, la concurrencia de tres requisitos detallados en su art 1: que se trate de préstamo hipotecario a persona física, que el importe del préstamo sea inferior a 150.254 euros y que se contrate para la adquisición de vivienda. Entiende el demandado con acierto que la citada OM no resulta de aplicación al supuesto de autos, en la medida que la cuantía del préstamo asciende a 160.590 euros. Ello no significa, sin embargo, que cesen las obligaciones de información precontractual ni las exigencias de transparencia documental que emanan, no solo de los mencionados preceptos de la LCGC sino también, por ejemplo, del art 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito -desarrollada por la Orden 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 por la propia OM de 5 de mayo, derogadas estas dos últimas por la más reciente la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que se aplica a los préstamos hipotecarios con independencia de su cuantía- o en el ámbito de consumo, del art 60 TRLGCU en relación con el 80 del mismo Cuerpo Legal.

El demandado insiste en que con anterioridad a la celebración del contrato por los empleados de la sucursal con los que trató el actor se le informó de las condiciones que se incorporaban al contrato, y en particular, de la existencia de la cláusula suelo, señalando a mayor abundamiento, que el demandado no puede argumentar ahora que desconoció la incorporación al contrato de dicha cláusula, cuando fue su importe objeto de específica negociación al novarse las condiciones del préstamo al promotor en el que se subrogó. Además entiende el demandado que la cláusula, individualmente considerada es clara, sencilla y perfectamente comprensible. Por último se alude a la labor informativa desplegada por el Notario al tiempo del otorgamiento de la escritura.

Si bien es cierto que de la citada negociación acerca del importe de la cláusula suelo pudiera deducirse que el cliente tuvo la posibilidad real de conocer, al tiempo de la subrogación, la existencia aquella, desde mi punto de vista, no basta para acreditar el cumplimiento de los resulta del todo punto insuficiente, si lo comparamos con el supuesto más ortodoxo de cumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad prestamista que es aquel, en el que se ofrece al cliente un folleto informativo o documentación semejante antes de la contratación, así como una oferta vinculante o un compromiso equivalente de contratación, sobre el que el consumidor pueda reflexionar y madurar adecuadamente la decisión acerca de

lo que, con toda probabilidad, va a ser el operación económica más importante de su vida. Pudiera pensarse que las exigencias de información que planteo buscan una aplicación encubierta de la OM de 5 de mayo a un supuesto en el que, en puridad, no es de aplicación, si bien, en mi opinión, lo que hace la citada OM, cuya regulación tampoco puede ser considerada como la panacea del cumplimiento de los deberes de información, es plasmar mínimamente lo que el sentido común y la transparencia en el cumplimiento de los deberes descritos exigen en toda contratación de esta naturaleza. En este sentido se postula la posterior Orden EHA/2899/2011, que refuerza y extiende, haciendo abstracción de la cuantía de la operación, las exigencias de información apuntadas a todo tipo de operaciones financieras, lo que nace del absoluto convencimiento de que rebajar la escrupulosidad en este ámbito es un absoluto error que, quizá, nos ha conducido a la situación actual de avalancha de demandas.

Por otra parte, si bien es cierto que la cláusula aisladamente considerada es de sencilla lectura, también lo es que, al propio tiempo, es de difícil accesibilidad, en el sentido de que de un somero examen de la propia escritura, -a pesar de, como luego veremos, su extraordinaria trascendencia- no puede ser inmediatamente identificada, lo que es consecuencia, especialmente, de lo extraordinariamente confusa y caótica que es la propia escritura de otorgamiento, que intenta reunir, con evidente desacierto, en un solo documento tres operaciones de naturaleza muy diversa, compraventa de vivienda, subrogación y novación de préstamo hipotecario, con constante remisión a documentos al margen de la escritura, como el del préstamo al promotor, de los cuales no hay presencia alguna en las actuaciones, lo que debe perjudicar únicamente a quien se supone que dispone del mismo, la demandada. Sobre esta cuestión tendré la oportunidad de volver más adelante, ya que este desorden afecta también a las posibilidades del cliente de comprender el verdadero sentido y alcance de la cláusula incorporada.

Por último, en cuanto a la participación del notario, como recuerda la STS de 8 de septiembre de 2014, no purga las eventuales insuficiencias en orden al cumplimiento del deber de información de la entidad predisponente.

Por todo lo expuesto, ante los defectos descritos en el cumplimiento de transparencia documental, considero que la cláusula examinada no fue incorporada al contrato con plenas garantías, y en consecuencia acordar, al amparo de los arts 9.1 y 10.1 y 2 de la LCGC, su expulsión del contrato.

Ello no obstante, a mayor abundamiento, paso a analizar si la cláusula impugnada supera o no el referido control de transparencia.

QUINTO.-DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA

Distinto del control de incorporación es el llamado control o filtro de transparencia, cuyo incumplimiento es invocado por el actor respecto de la llamada cláusula suelo, lo que no es una estrategia baladí, porque, como a continuación se verá, la declaración de la falta de transparencia es un paso previo ineludible para entrar a valorar su eventual abusividad. Por consiguiente, antes de examinar si semejante cláusula supera o no este control, considero conveniente realizar algún apunte, como vengo haciendo hasta el momento, no solo acerca de las notas que caracterizan el control de transparencia, sino, especialmente, sobre las consecuencias que de su no superación se derivan.

La meritada STS de 9 de mayo de 2013 define el filtro de transparencia en el F 211 como *"parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil EDL 1889/1 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". No se trata, por tanto, de determinar a través de este segundo examen si el consumidor pudo conocer la existencia de cláusula al tiempo de la celebración del contrato –esta es la diferencia respecto del control de inclusión-, ni siquiera si efectivamente la comprendió –ahí la diferencia con la doctrina del error vicioso-, más bien, si dadas las circunstancias concurrentes pudo llegar a comprender su significado económico real.

Como he indicado con anterioridad, el control de transparencia cobra especial significación por las consecuencias que se derivan de su no superación. Me explico.

Como sabemos en relación al control de abusividad de las condiciones generales incorporadas a contratos celebrados con consumidores, se ha discutido ampliamente en el ambiente doctrinal y jurisprudencial acerca de la relevante cuestión de la trasposición o no en nuestro Ordenamiento Jurídico del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que en idéntico sentido que el Considerando Decimonoveno de la misma reza 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 ". El TS en la referida STS de 9 de mayo de 2013 –F 195- en línea con el criterio ya apuntado en la STS de 18 de julio 2012 y en contra de la postura por la que parecía haberse inclinado en resoluciones precedentes (aunque fuera "obiter dicta") como las STSS 401/2010, de 1 de julio, Rec. 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, Rec. 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, Rec. 1074/2007, todas ellas inspiradas en la muy relevante STJUE de 3 de junio de 2010- que entendió la falta de trasposición formal de ese pasaje de la Directiva como una válida apuesta de nuestro país por reforzar la protección del consumidor- ha considerado incorporado a nuestro Ordenamiento Jurídico el contenido del meritado precepto de la Directiva, lo que se traduciría en la imposibilidad de los Tribunales españoles de ejercer un control de abusividad sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o las que se refieren a la adecuación entre las prestaciones de las partes, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. Ahora bien, la ausencia de este último requisito – lo que tiene lugar cuando la cláusula en cuestión no supera el segundo filtro de transparencia anteriormente aludido- sí permitiría entrar a valorar la abusividad de condiciones generales de semejante jaez. Así lo dice el TS en la STS de 9 de mayo de 2013, en particular, en los Fundamentos " 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*" o en el 215 " *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*" o en el 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.*"

Respecto de la cláusula suelo destacar que el TS en el F 190 de la citada sentencia afirma que se refiere al objeto principal del contrato y cumple una función definitoria o descriptiva

esencial, lo que supone, de acuerdo con la doctrina expuesta, que, salvo que no sean transparentes, no pueden someterse al control de abusividad.

La STS de 9 de mayo de 2013 enumera en el F225 –de forma no exhaustiva como recuerda el posterior Auto aclaratorio- una serie de criterios con sujeción a los cuales es posible entender que una cláusula suelo no es suficientemente transparente en los términos descritos:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Inserción de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) Inexistencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) Inexistencia de 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) Ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor

Como he dicho con anterioridad, cuando se asevera que una cláusula supera el control de incorporación, se pretende decir que se han dado las circunstancias para presumir que el consumidor pudo realmente conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la misma. Cuestión distinta, insisto, es que podamos afirmar que el actor, atendidas las circunstancias concurrentes, pudo alcanzar a comprender verdaderamente el fuerte impacto o significado económico que en el desarrollo del contrato implica la estipulación de una cláusula limitativa a la baja de los tipos de interés, impacto, que como sabemos, no es cualquier cosa, puesto que, si los tipos de referencia bajan hasta el punto de permitir su puesta en funcionamiento, se produce un cambio radical en la naturaleza de la remuneración pactada, que pasa de variable a fija.

Contemplado desde este punto de vista, desde la perspectiva, en definitiva, del control de transparencia, considero que los actores nunca pudieron comprender verdaderamente las implicaciones económicas de la incorporación de dicha cláusula al contrato, de modo que hubo una aceptación formal a la misma, pero nunca una aceptación plena y consciente, gravitando la responsabilidad de esta circunstancia en la entidad que, de forma desleal no facilitó a los consumidores, a pesar de disponer de ella para sí –por esto se esforzó en incluir la cláusula suelo de semejante importancia cuantitativa en el contrato-, la información necesaria para que estos pudieran adoptar una decisión económica más racional. En este sentido, no obra en las actuaciones simulación alguna que hubiera permitido al consumidor calibrar cuál iba a ser el comportamiento esperable, dentro de un cierto margen y tomando como referencia los antecedentes al tiempo de la contratación, de los tipos de referencia a medio plazo o largo plazo. Tampoco consta que se le ofrecieran otras modalidades de préstamo que permitieran al cliente valorar, siquiera por comparación, hasta qué punto le resultaba beneficiosa o no la presencia de las cláusulas suelo. Por otra parte, y a mayor abundamiento, la cláusula como consecuencia de su ubicación en el contrato, no solo está huérfana de toda relevancia, sino que además esta emboscada entre informaciones contradictorias que arteramente dificultan su aprehensión por el consumidor. En concreto, como se ha indicado con anterioridad, nos encontramos frente al escasamente afortunado esfuerzo de reunir en un solo documento tres operaciones de índole diversa, como son, la relativa a la compraventa de la vivienda, la de subrogación en préstamo hipotecario y la de novación del préstamo subrogado lo que, al margen de dificultar extraordinariamente la

diferenciación de las condiciones que vienen referidas a una u otra operación, en lo relativo al préstamo hipotecario por vía de subrogación concedido al actor –digo concedido porque la entidad debe autorizar en todo caso la subrogación - en la escritura, aparecen tan solo retazos de las cláusulas que son novadas por las partes, con remisión, en lo demás, que es mucho, al contrato de préstamo que en su día suscribió el promotor y del que, como ya se ha dicho, dice no disponer el actor y del que no hay constancia en las actuaciones. Por otra parte, la cláusula suelo está situada bajo la rúbrica “Limites a la variación del tipo de interés” en medio de una cláusula relativa a las bonificaciones por contratar otros productos y otra referente al importe de la cuotas a satisfacer que ascenderían, según se destaca en negrita, a 952,88 euros, lo que si no fuera por la coletilla que incorpora, mucho menos destacada, y que reza “*sin perjuicio de su ulterior modificación por la variación del tipo de interés*” y por lo que se dispone, tres folios atrás, acerca de lo que parece ser una alusión a un tipo de referencia objetivo para la fijación de la remuneración durante el periodo que va del 1 de julio de 2008 al vencimiento del crédito –al parecer el EURIBOR ya que también en este punto se contiene una remisión al citado y ausente documento- daría que pensar que la remuneración convenida es de carácter fijo y no variable. Por último contribuye también a la confusión, al generar una apariencia contraria a lo que realmente va a suceder como consecuencia de la activación de la cláusula suelo en determinados contextos de bajada del tipo de interés de referencia, tanto la fijación de un diferencial específico respecto del tipo de referencia, en este caso del 0,95%, como la presencia de bonificaciones. En el primer caso porque puede suceder que la remuneración del banco sea superior al mencionado diferencial si la suma del tipo de referencia y el diferencial señalado es inferior al importe de la cláusula suelo, y, en el segundo caso, porque, a pesar del coste efectivo que en todo caso tienen para el cliente, por efecto igualmente de la cláusula suelo, las bonificaciones pueden volverse inoperantes.

En conclusión, la ausencia de transparencia producto del incumplimiento de los citados deberes de información, la caótica y confusa estructura de la propia escritura de subrogación y la engañosa presentación de la operación, me permite, como ya he apuntado, a pesar de venir referida al objeto principal del contrato, entrar a examinar la eventual abusividad de la cláusula objeto de la presente controversia.

SEXTO.-DE LA ABUSIVIDAD

Al igual que he hecho en relación a otros conceptos, entiendo apropiado clarificar, en primera instancia, cuáles son los parámetros que permiten valorar la abusividad de una condición general. En este sentido es, de nuevo, referencia insoslayable, la meritada STS que en concreto señala que:

“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 las siguientes:

a) Que se trate de condiciones generales predisuestas 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-.”

También cabe hacer referencia al TSJUE, que en su importantísima Sentencia de 14/03/2013 (asunto 415/11) interpreta los conceptos de “desequilibrio importante” y “contra las exigencias de la buena fe” en los siguientes términos:

“2) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que:

– el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;

– para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

El artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el anexo al que remite esa disposición sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.”

Asimismo cabe recordar que el art. 4.1 de la Directiva 93/13, transpuesto en el art. 82.3 TRLCU, apunta, como elementos a valorar para apreciar el carácter abusivo de una cláusula, la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, las circunstancias que concurran en su celebración y las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa aquél.

El TS en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 defiende la licitud de las cláusulas suelo, -a pesar de ser, de forma evidente y aisladamente consideradas, un instrumento financiero, orientado a que la entidad prestamista se garantice una cierta remuneración a lo largo de la vida del préstamo- a mi juicio, exclusivamente, en dos escenarios muy concretos. En primer lugar, como he reiterado a lo largo de esta resolución, cuando ha superado el control de transparencia, de modo que podemos afirmar que la decisión del consumidor de incorporar la cláusula al contrato fue racional desde el punto de vista económico en tanto que producto de un consentimiento adecuadamente informado. En este caso, al tratarse de un elemento definitorio del precio, no cabe, como se ha dicho, hablar de abusividad, siendo intrascendente, su importe concreto o la existencia de algún mecanismo que actúe a modo de contrapartida o que garantice una cierta reciprocidad entre las obligaciones de las partes.

En segundo lugar, cuando, no habiendo superado el control de transparencia, no obstante, no pueda ser conceptuada como abusiva puesto que no genera un desequilibrio perjudicial para el consumidor contrario a las exigencias de la buena fe.

En mi opinión, la cláusula suelo examinada es abusiva, puesto que genera el desequilibrio contrario a la buena fe descrito.

El desequilibrio es producto de la ausencia en el contrato de elemento alguno que permita contrapesar la presencia de una cláusula suelo de semejante cuantía. En este sentido, es importante señalar que habitualmente por los prestamistas se trae a colación la existencia en el propio contrato de una cláusula “techo” como mecanismo evidente de compensación frente a la cláusula suelo, si bien no es este el caso que nos ocupa, ya que aquella se eliminó expresamente al realizarse la subrogación, afirmándose por la demandada que, en supuesto de autos, la presencia de la cláusula suelo se justifica en los propios términos del préstamo

concedido, o dicho en otras palabras, que tan solo estableciéndose una cláusula como la que es objeto de controversia, a través de la cual el banco se garantiza un cierto umbral de rentabilidad, ese cliente concreto, dadas sus personales circunstancias económicas, pudo acceder a un crédito hipotecario por ese importe, plazo y coste. Ello no obstante, la realidad es que no se ha desplegado por la demandada actividad probatoria alguna encaminada a justificar la existencia de una relación entre esos u otros elemento del contrato y la cláusula suelo, por lo que ese argumento debe ser rechazado. Es más, en el acto del juicio se apuntó por el perito, que la incorporación al contrato de la cláusula suelo obedece no tanto al deseo de la entidad de garantizarse una remuneración estable, que en todo caso se obtendría a través del diferencial pactado, sino más bien, a garantizar esa remuneración a los eventuales adquirentes en el mercado hipotecario de esa hipoteca una vez titulizada, siendo este mercado y no el perfil económico concreto del cliente, lo que explicaría tanto la presencia de la cláusula suelo como su cuantía en cada momento.

Además ese desequilibrio es, en mi opinión contrario a la buena fe, en la medida que los efectos perjudiciales descritos se desplegaron de manera perfectamente previsible para el demandado y totalmente sorpresiva para el actor. Previsible para la entidad, porque no cabe duda que esta no desconocía al tiempo de la contratación el dato que pone de relieve la SAP de Albacete de 20 de junio de 2014 *“... la evolución irregular que ha seguido el EURIBOR desde su creación hace quince años demuestra que solo ha superado el listón del 5% en dos ocasiones, y ello por breves periodos de tiempo, de modo que han sido mucho más largos los periodos en que no ha superado el 3%, señaladamente en los últimos cinco años que apenas ha superado el 1%...”* de modo que tampoco ignoraba que lo elevado de la cláusula suelo haría que esta se activara durante largos periodos de la vida del crédito, con el consiguiente perjuicio para el consumidor que vería frustradas sus legítimas expectativas de beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia. Y sorpresiva para el consumidor -y es precisamente aquí donde radica la mala fe de la prestamista- puesto que como se ha expuesto al realizar el control de transparencia, es posible afirmar que aquel actuó convencido de que lo estipulado era un tipo de remuneración variable, o si se quiere, que habría de comportarse como tal durante fases más largas del crédito, error que no es imputable a su persona, sino que es producto de una engañosa puesta escena y de no habersele facilitado, en flagrante incumplimiento por la entidad de las más elementales normas que rigen el deber de información en el ámbito de la contratación con los consumidores, una información de la que sí disponía y que era tan relevante que me atrevo a decir que si la hubiera conocido el actor no hubiera aceptado contratar en esas condiciones.

SÉPTIMO.-Por último, una vez declarada la nulidad de la cláusula examinada por los motivos descritos -tanto por falta de transparencia documental, como por abusividad- debo hacer referencia al último de los motivos de oposición formulados por el demandado, a saber, la posibilidad de que, no obstante su nulidad, el actor hubiera confirmado tácitamente la cláusula controvertida al abonar durante años las sucesivas liquidaciones sin formular protesta alguna.

El motivo debe ser igualmente desestimado, por dos razones. En primer lugar porque la nulidad de la que adolece la cláusula descrita es una nulidad de pleno derecho, no susceptible por tanto de sanación por vía de confirmación expresa o tácita al amparo de la doctrina emanada del art 1309 y ss del CC. Y por otro porque, aunque lo fuera, como recuerda las SAP de Asturias de 30 de julio de 2014, respecto de un supuesto en el que dicha confirmación sí sería posible en tanto que el motivo de la nulidad era de vicios del consentimiento, *“Esta Sala ha venido considerando que el mero hecho de abonar las liquidaciones negativas, que periódicamente carga la entidad bancaria como consecuencia del contrato, no es un acto con entidad suficiente para reconocerle efecto convalidante del contrato.”*

OCTAVO.- DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

Como sabemos, conforme el art 10.1 de la LCGC, la declaración de nulidad de una condición general de la contratación, no determina la nulidad del contrato en el que se inserta siempre que éste pueda subsistir sin aquella por no verse afectado en alguno de sus elementos esenciales, entendiendo como tales, los enunciados en el art 1261 del CC. El apartado 1 del art 10 de la LCGC abre la puerta a la nulidad parcial de los contratos, lo que supone una nítida recepción del viejo principio “principio utile per inutile non vitiatur” (lo válido no es viciado por lo inválido), que no tiene singular acogida en nuestro Ordenamiento Jurídico, pero del que encontramos ciertos ecos jurisprudenciales en principios como el 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 EDJ 2010/152962 ; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007 EDJ 2011/130906 ; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009 EDJ 2012/116917 ; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009 EDJ 2012/228162).

También cabe destacar que, tras la doctrina contenida en STJUE de 14 de junio de 2012 y 21 de febrero de 2013, no parece posible la integración de los contratos cuyas cláusulas han sido declaradas nulas, las cuales deben ser, sin más, expurgadas de la relación jurídica .

Los efectos de esa declaración de nulidad, dada la remisión que el art 9.1 de la LCGC hace al régimen general de nulidad contractual, se encuentran regulados en el art 1303 del CC que, de acuerdo con el viejo axioma “quod nullum est nullum effectum producit”, prescribe que *"declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes"*.

Ello no obstante el TS en la referida STS de 9 de mayo de 2013 se inclinó, en el caso de la cláusula suelo, por la no retroactividad de la declaración de nulidad efectuada, ofreciendo argumentos diversos en favor de esta decisión en los F 293 y 294, entre los que destaca la idea de la licitud intrínseca de la cláusula suelo, la seguridad jurídica o el perjuicio que para el orden económico pudiera desprenderse de una restitución masiva de las cantidades indebidamente percibidas, citando, para justificar su criterio, diversas sentencias del TC en las que se ha acordado esta irretroactividad así como la STS de 21 de marzo de 2012 que limitó los efectos de la nulidad para evitar el enriquecimiento sin causa de una parte a costa de la otra, e incluso la STJUE de 21 de marzo de 2013 permite dicha limitación cuando concorra la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.

Muy recomendable resulta el análisis realizado por la SAP de Barcelona de 9 de mayo de 2014 acerca de las diferentes posiciones, favorables y desfavorables, existentes en la jurisprudencia menor respecto del reseñado criterio del TS. También podemos destacar, la brillante, a mi juicio, SAP de Asturias 28 de marzo de 2014, favorable a la retroactividad -incluso sin petición de parte al entender que es una consecuencia “ex lege” de la declaración de nulidad- que considera que las sentencias citadas en la STS hacen referencia a supuestos en los que cabía excepcionar el régimen general de retroactividad por razones basadas en el enriquecimiento injusto de alguna de las partes, enriquecimiento injusto que no se apreciaba en el caso de en el que se devolvieran las cantidades percibidas por la indebida aplicación de una cláusula suelo. Igualmente resulta de especial interés el voto particular incluido en la SAP de Alicante de 12 de julio de 2013, favorable a la retroactividad, sobre la base en este caso, del principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas. Por último y por obvios motivos, cabe citar la reciente SAP de Castellón de 28 de julio de 2014, que se inclina

en favor de la retroactividad del pronunciamiento, línea en la que me inserto, al entender que, en el caso concreto que nos ocupa, no es dable apreciar motivo legal alguno, ni de seguridad ni de repercusión en el orden económico, ni tampoco de buena fe en el predisponente que, como sucedió en el supuesto del que conoció nuestro más Alto Tribunal, permita excluir las consecuencias naturales de la declaración de nulidad, como son, la restitución de las cantidades indebidamente percibidas, junto con los intereses devengados, de conformidad con los art 1108 del CC en relación con el art 579 de la LEC.

NOVENO.-Por aplicación del artículo 394.1 de la LEC, y al estimarse las pretensiones del actor, se imponen al demandado las costas del procedimiento.

Con base en todo lo argumentado, se pronuncia el siguiente

FALLO

ESTIMARla demanda interpuesta por ██████████ ██████████ ██████████ contra BANCO POPULAR S.A., y, en su consecuencia:

- 1- **DECLARAR** la nulidad de las siguientes cláusulas de la escritura de compraventa, subrogación y novación de préstamo hipotecario suscrito con la demandada el 14 de diciembre de 2007 y autorizada por el Notario Emilio Vinyals García, bajo el nº 3.033 de su orden de protocolo:

La cláusula sexta que bajo la rúbrica “LIMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERES” dispone que “ *las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea este el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 3.80% nominal anual*”.

1. **CONDENAR** a la demandada a abonar a la actora las cantidades indebidamente percibidas en aplicación de las cláusulas cuya nulidad ha sido declarada en la presente resolución junto con los intereses y costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe recurso de apelación a interponer ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación. Para interponer el recurso, y salvo derecho de asistencia jurídica gratuita o exención legal, la parte recurrente deberá haber consignado previamente, en la cuenta de depósitos y consignaciones, un depósito de 50 euros (disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción por Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre).

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi Sentencia, de la que se expedirá certificación literal para incorporarla a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la dictó, estando el mismo celebrando audiencia pública en el mismo día de su promulgación, doy fé.