



Roj: SAP B 14242/2013
Id Cendoj: 08019370152013100457
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 15
Nº de Recurso: 719/2012
Nº de Resolución: 453/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARTA
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIÈNCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓ 15a

rotlle n. 719/2012-2a

JUDICI ORDINARI 194/2012

J. MERCANTIL BARCELONA

SENTÈNCIA núm. 453/2013

Magistrats:

JUAN F.

MARTA

JOSÉ MARÍA

Barcelona, 16 de desembre de 2013.

Vistes en grau d'apel·lació, davant la Secció 15a d'aquesta Audiència Provincial, les actuacions de judici ordinari número 194/2012, del Jutjat Mercantil número 4 de Barcelona, seguides a instàncies del Sr. Serafin , representat per la procuradora Sra. Montserrat i defensat pels lletrats Sra. Elena i Sr. Javier, contra BANC, S.A., representada per la procuradora Sra. Luisa i defensada pel lletrat Sr. Francisco. Aquest tribunal coneix de les actuacions en virtut del recurs d'apel·lació interposat pel Don. Serafin , contra la sentència dictada pel Jutjat el 19 de juliol de 2012 .

ANTECEDENTS DE FET

1. La sentència del Jutjat diu, en la part dispositiva:

"Desestimo la demanda presentada por la procuradora Sra. Llinás, en representación de Serafin , y absuelvo a BANC, S.A., sin hacer especial imposición de las costas procesales."

2. Don. Serafin va interposar recurs d'apel·lació contra la sentència. Admès el recurs, les actuacions es van remetre a aquesta sala, un cop citades a termini les parts. Comparegudes aquestes, es van seguir els tràmits legals i es va assenyalar per votació i decisió el dia 3 de juliol de 2013.

Ponent: la magistrada MARTA.

FONAMENTS DE DRET

1. Don. Serafin va instar aquest judici en sol·licitud que es declarés la nul·litat, per abusiva, de la clàusula de limitació a la variació del tipus d'interès aplicable (*clàusula terra*), continguda en el pacte tercer, F, del contracte de préstec hipotecari subscrit l'any 2005 pel demandant amb Caixa d'Estalvis Comarcal de Manlleu (després, Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa; després, Banc, S.A.; ara, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.). També sol·licitava que es condemnés la part demandada a tornar-li la suma de 5.485,77 euros, com a import de l'excés percebut per l'entitat bancària, fins al moment de la demanda, en virtut de la condició declarada nul·la -amb els interessos legals des dels cobraments efectuats-, i

a tornar-li l'import de les diferències que s'anessin meritant fins a la fermesa de la sentència -amb els interessos legals corresponents.

2. Convé relacionar alguns fets rellevants del cas que resulten dels documents aportats i que no han estat qüestionats:

1. El 27 de maig de 2005, el Sr. Serafin i Caixa d'Estalvis Comarcal de Manlleu van subscriure una escriptura de préstec hipotecari davant el notari de Mollet del Vallès Sr. Fernando de Salas Moreno (document número 1 de la demanda). L'entitat creditícia va fer entrega al Sr. Serafin , com a capital del préstec, la suma de 283.000 euros que el prestatari havia de tornar en un termini que finalitzava el 2 de juny de 2035, mitjançant el pagament de tres-cents sexanta quotes mensuals (pactes 1r i 2n).

2. El tipus d'interès nominal anual pactat per al primer any va ser del 3% (pacte 3r). A partir del segon any, *¿[E] l tipus d'interès nominal anual, amb liquidació mensual per vençut, aplicable en cada període anual d'aquesta segona fracció temporal serà igual al tipus d'interès conegut com EURIBOR per operacions a un any, publicat pel Banc d'Espanya, corresponent a l'antepenúltima mensualitat natural anterior en que s'hagi de fer la revisió, incrementat en 0,55 punts .* (pacte 3r bis, apartat A).

3. L'apartat F del pacte 3r bis diu: *¿ Les condicions d'interès variable d'aquesta operació s'han pactat entre prestatària i prestadora amb el condicionant, acceptat expressament per la primera, que el tipus d'interès que resulti de la revisió no podrà ser, en cap cas, inferior al 3% nominal anual .*

4. Fins al mes de juny de 2009, l'Euribor per operacions a un any era superior al terra estipulat del 3%. A partir de juliol de 2009, va passar a ser inferior.

5. El 21 de desembre de 2010, l'actor va remetre un burofax a Caixa d'Estalvis Comarcal de Manlleu, pel qual sol·licitava la supressió de la clàusula i la devolució de les quantitats que considerava cobrades en excés (document número 4 de la demanda). L'entitat bancària va rebutjar la sol·licitud, per escrit de 17 de març de 2011 (document 5 de la demanda). Després de negociacions entre les parts, el banc va oferir substituir la clàusula terra del 3% per una clàusula terra del 2,5%, juntament amb una *clàusula sostre* del 12%. El demandant no va acceptar-ho.

6. El 30 de març de 2011, el Sr. Serafin va adreçar-se al Comisionado para la defensa del cliente bancario, del Banco de España (document 7 de la demanda). El Servicio de Reclamaciones del Banco de España va respondre, per carta de 4 d'abril de 2011, en la qual, després d'algunes consideracions sobre les clàusules de limitació a la variació a la baixa del tipus d'interès dels préstecs hipotecaris, manifestava que no podia pronunciar-se sobre els fets objecte de reclamació (document 8 de la demanda).

3. La sentència del jutjat mercantil remarca que el demandant impugna la clàusula terra per un únic motiu: considerar-la abusiva.

Efectivament, l'extensa demanda considera aplicable al cas la legislació protectora dels consumidors i usuaris, perquè el Sr. Serafin va contractar com a tal el préstec hipotecari sobre un habitatge (apartat 1 dels fonaments de dret material). Estima que la clàusula terra és una condició general inserida en un contracte d'adhesió (apartat 2). Sosté que es tracta d'una clàusula abusiva, per contrària a les exigències de la bona fe (apartat 3.1.) i perquè ocasiona, en perjudici del consumidor, un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts derivats del contracte (apartat 3.2.). Analitza algunes sentències -anterior a la demanda, de març de 2012- sobre aquests tipus de clàusules (apartat 4); assenyala la posició del Ministeri fiscal, favorable a la declaració de clàusula abusiva, en el recurs de cassació contra la sentència de la Secció 15a de l'Audiència Provincial de Sevilla, de 7 d'octubre de 2011 (apartat 5) -resolt per la posterior Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 9 de maig de 2013 - i cita la coneguda Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE), de 3 de juny de 2010 , sobre l'aplicació de l' article 4.2 de la Directiva 93/13/CEE , i les sentències del Tribunal Suprem que han invocat aquella STJUE (apartat 6).

4. L'entitat demandada s'oposa a la demanda. Defensa la licitud i validesa de les clàusules limitadores de la variació del tipus d'interès. Nega que tinguin el caràcter de condicions generals de la contractació perquè: a) no és aplicable la Llei 7/1998, sobre condicions generals de la contractació (LCGC), atès l'article 4.2 de la Llei, per l'existència d'una normativa específica, consistent en les Ordres ministerials de 12 de desembre de 1989, sobre tipus d'interès i comissions bancàries, normes d'actuació, informació a clients i publicitat de les entitats de crèdit, i de 5 de maig de 1994, sobre transparència de les condicions financeres dels préstecs hipotecaris; b) les clàusules terra es configuren com a part del preu, element essencial del contracte, i c) no tenen els requisits legals de predisposició i imposició. Nega el caràcter abusiu de la clàusula: 1) no s'hauria imposat al consumidor, a la vista de l'iter negocial del préstec hipotecari: el Sr. Serafin hauria rebut tota la

informació necessària per conèixer de manera adequada totes les condicions financeres del préstec, entre les quals, la clàusula terra; 2) no seria una clàusula contrària a la bona fe; 3) no hauria generat cap desequilibri important en els drets i obligacions derivats del contracte.

5. La sentència del jutjat mercantil entén que les prescripcions de la LCGC i la normativa tuitiva dels consumidors i usuaris, són aplicables als contractes de préstec hipotecari, sense que es pugui oposar en contra l'excepció prevista en l'article 4, paràgraf segon, LCGC, invocada per l'entitat demandada. Cita en aquest punt la STS de 2 de març de 2011 .

Per altra banda, el Sr. magistrat, amb citació de la STJUE de 3 de juny de 2010 i de la STS de 4 de novembre de 2010, sobre l'aplicació de l' article 4.2 de la Directiva 93/13/CEE , admet el control jurisdiccional del caràcter abusiu de les clàusules contractuals referides a la definició de l'objecte principal del contracte o a l'adequació entre, per una part, preu i retribució i, per l'altra, els serveis o els béns en contrapartida, encara que aquestes clàusules estiguin redactades de manera clara i comprensible.

Ara bé, el jutge estima que, en el cas examinat, la clàusula terra no va ser imposada per l'entitat financera, sinó acceptada lliurement pel prestatari com a part del preu (interès) del préstec. Segons la sentència, la legislació (es refereix a l'Ordre ministerial de 5 de maig de 1994, vigent al moment del contracte) preveia garanties suficients per tal que el client que volgués contractar un préstec hipotecari amb interès variable sabés si s'havien establert límits de les variacions possibles (clàusules terra i sostre) i el contingut d'aquestes. Això li permetia comparar l'oferta amb la d'altres entitats financeres, seleccionar la que considerés millor i acceptar-la lliurement, per la qual cosa, la clàusula no podia considerar-se imposada i, en conseqüència, impedia que el jutge entrés a valorar-ne el caràcter abusiu.

Qüestió diferent, precisa el Sr. magistrat, seria que les garanties d'informació no s'haguessin complert degudament, qüestió que no considera plantejada en el judici.

La sentència impugnada afegeix que, fins i tot si considerés que es tracta d'una condició general de la contractació, no s'apreciaria el caràcter abusiu, predicat per l'actora a partir de la inexistència d'una clàusula sostre simètrica a la clàusula terra. El caràcter abusiu de la clàusula terra s'ha d'analitzar amb independència del sostre pactat eventualment. El perjudici al·legat en la demanda ha estat la impossibilitat de beneficiar-se de les baixades de l'Euribor, qüestió aliena a la clàusula sostre. No s'ha plantejat en el judici que el rendiment mínim que el banc s'ha garantit mitjançant la clàusula terra sigui abusiu.

6. En el recurs d'apel·lació contra la sentència del jutjat, la part demandant sosté, en síntesi: que s'ha valorat incorrectament la clàusula terra; que, contra el que afirma el jutjat, es tracta d'una condició general de la contractació i n'és possible el control judicial; que cal diferenciar entre la llibertat de negociació i la llibertat de contractació del consumidor; que, malgrat el que exigeix l' article 82.2 de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris (LGDCU), l'entitat bancària no ha provat que la clàusula ha estat negociada individualment; que la clàusula terra no és un element essencial del contracte de préstec hipotecari; que és abusiva, per contrària a la bona fe i perquè estableix un desequilibri dels drets i obligacions de les parts derivats del contracte.

7. La controvèrsia plantejada ha de resoldre's conformement amb els criteris establerts en la transcendental Sentència de 9 maig de 2013, de la Sala Primera del Tribunal Suprem (ROJ 1916/2013), que resol els recursos extraordinari per infracció processal i de cassació interposats per una associació de consumidors contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Sevilla (Secció 5a) de 7 d'octubre de 2011 .

8. El caràcter de condicions generals de la contractació de les clàusules terra

En primer lloc, la qüestió de si la clàusula de limitació de la variació del tipus d'interès dels préstecs hipotecaris atorgats per entitats creditícies té o no el caràcter de condició general, es plantejava, en el cas resolt pel TS, en termes gairebé idèntics als d'aquest litigi. Segons l'apartat 134 de la STS, la sentència impugnada en aquell recurs rebutjava que les clàusules contractuals controvertides es consideressin condicions generals de la contractació, perquè versaven sobre els elements essencials dels contractes i perquè, precisament per això, el consumidor necessàriament les coneixia i les acceptava lliurement i voluntària.

El TS transcriu l'article 1.1 de la LCGC: "són condicions generals de la contractació les clàusules predisposades la incorporació al contracte de les quals al contracte sigui imposada per una de les parts, amb independència de la seva autoria material, de la seva aparença externa, de la seva extensió i de qualssevol altres circumstàncies, sempre que hagin estat redactades amb la finalitat de ser incorporades a una pluralitat de contractes". En relaciona els requisits (caràcter contractual, predisposició, imposició i generalitat).

L'apartat 142 de la STS afirma que, en el nostre sistema, una condició general de la contractació es pot referir a l'objecte principal i, de fet, per a l'empresari probablement la major utilitat de les condicions generals es troba precisament en la definició d'aquest. Afegeix, però, que una qüestió diferent és determinar el grau de control que la llei articula quan les condicions generals es refereixen a l'objecte principal i, singularment, quan els interessos en joc a compatibilitzar són els d'un professional o empresari i un consumidor o usuari, davant la necessitat de coordinar, per una banda, la llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat, que proclama l'article 38 de la Constitució espanyola (CE) i, per l'altra, la defensa dels consumidors i usuaris que l'article 51 CE imposa als poders públics, en exigir que en garanteixi mitjançant procediments eficaços els legítims interessos econòmics.

L'apartat 144 conclou que: a) el fet que es refereixin a l'objecte principal del contracte no és obstacle perquè una clàusula sigui qualificada com a condició general de la contractació, ja que aquesta es defineix pel procés seguit per a la inclusió en el contracte; b) el coneixement d'una clàusula -sigui condició general o particular- és previ al consentiment i necessari per a la incorporació al contracte, ja que, altrament, sense perjudici d'altres conseqüències possibles -singularment per a l'imponent- no obligaria cap de les parts, i c) el compliment per l'empresari dels deures d'informació exigits per la regulació sectorial no exclou la naturalesa de condició general de la contractació.

9. El fonament de dret vuitè de la STS aprofundeix en la matèria de la imposició de les condicions generals. Convé reproduir les conclusions, resumides en l'apartat 165, atesos els termes similars del debat en el nostre cas:

a) La prestació del consentiment a una clàusula predisposada ha de qualificar-se com a imposada per l'empresari quan el consumidor no pot influir en la supressió o en el contingut, de tal manera que, o s'adhereix i consent contractar amb la clàusula, o ha de renunciar a contractar.

b) No pot equiparar-se la negociació amb la possibilitat real d'escollir entre una pluralitat d'ofertes de contracte sotmeses totes elles a condicions generals de contractació encara que diverses d'elles procedeixin del mateix empresari.

c) Tampoc no equival a negociació individual susceptible d'eliminar la condició de clàusula no negociada individualment, la possibilitat, si més no teòrica, d'escollir entre diferents ofertes de diferents empresaris.

d) La càrrega de la prova que una clàusula pre-redactada no està destinada a ser inclosa en una pluralitat d'ofertes de contracte adreçades per un empresari o professional als consumidors, recau sobre l'empresari.

L'apartat 166 de la STS afegeix, per tal d'evitar equívocs, que la imposició de clàusules o condicions generals per l'empresari als consumidors no en comporta la il·licitud. Es tracta d'un mecanisme de contractar propi de la contractació en massa, davant la impossibilitat i els costos de mantenir diàlegs individualitzats o, com afirma la STS 406/2012, de 18 de juny, RC 46/2010, es tracta d'un fenomen que comporta en l'actualitat un autèntic mode de contractar, diferenciable de la contractació per negociació, amb un règim i pressupòsit causal propi i específic.

10. El fonament de dret novè de la STS de 9 de maig de 2013 tracta d'una qüestió plantejada també per la part demandada en el litigi que ens ocupa: les condicions generals en sector regulats. Un dels arguments esgrimits per Banc, S.A. per sostenir que, fins i tot si la clàusula controvertida es qualifica com a condició general de la contractació, no s'ha de sotmetre a la LCGC és que les clàusules terra dels préstecs hipotecaris són admeses i regulades de manera expressa en determinades disposicions legals. El banc cita, en concret, les Ordres ministerials de 12 de desembre de 1989, sobre tipus d'interès i comissions bancàries, normes d'actuació, informació a clients i publicitat de les entitats de crèdit, i de 5 de maig de 1994, sobre transparència de les condicions financeres dels préstecs hipotecaris.

L'apartat 173 de la STS cita la STJUE de 21 de març de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartat 25: "[...] 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", el que, segons l'apartat 26 de la STJUE "[...] 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", ja que, a tenor de l'apartat 28 de la STJUE "[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".

La STS de 9 de maig de 2013 , apartat 174, conclou que no és aquest el cas de les clàusules terra, ja que la normativa sectorial es limita a imposar determinats deures d'informació sobre la incorporació de les clàusules terra en els contractes de préstec hipotecari a què es refereix, però no imposa l'existència de clàusules terra, ni en defecte de pacte en suposa l'existència, ni, finalment, indica els termes en què la clàusula ve expressada en el contracte.

Cita, en aquest sentit, la STS 75/2011, de 2 de març, expressament invocada en el nostre cas pel Sr. magistrat del jutjat mercantil: "*la finalidad tuitiva que se procura al consumidor 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 . Así lo dispone el artículo 2.2, 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 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".*

Pels arguments de la STS, en el litigi entre el Sr. Serafin i hem de ratificar la conclusió del jutge mercantil (fonament de dret 6 de la sentència impugnada) desestimatòria de l'al·legació de la part demandada sobre la inaplicació al cas de la LCGC, argument que ha reiterat en l'escrit d'oposició al recurs d'apel·lació.

Ara bé, a partir de les mateixes consideracions ja transcrits sobre els requisits de les condicions generals de la contractació, hem de concloure, a diferència del Sr. magistrat del jutjat mercantil, que la clàusula terra continguda en el contracte de préstec hipotecari subscrit entre el Sr. Serafin i Caixa d'Estalvis Comarcal de Manlleu és una condició general.

11. El control de les condicions sobre l'objecte principal del contracte

El demandant al·lega, en el recurs d'apel·lació, que la clàusula terra no és un element essencial del contracte de préstec hipotecari. La STS de 9 de maig de 2013 tracta aquesta qüestió. Als apartats 189 i 190, afirma que, en el cas sotmès a la decisió del TS, les clàusules terra formen part indestruïble del preu que ha de pagar el prestatari. Defineixen l'objecte principal del contracte i compleixen una funció definitòria o descriptiva essencial. Aquesta mateixa conclusió hem de mantenir respecte de la clàusula terra del préstec subscrit a Mollet del Vallès el 27 de maig de 2005, atès el tenor de l'apartat F del pacte 3r bis de l'escriptura (transcrit al fonament de dret 2 d'aquesta sentència). La previsió que el tipus d'interès que resulti de la revisió no podrà ser, en cap cas, inferior al 3% nominal anual defineix l'objecte principal del contracte tant o més -dependrà de la conjuntura concreta- que la previsió, de l'apartat A del mateix pacte 3r bis, que el tipus d'interès nominal anual serà igual a l'Euribor per operacions a un any, incrementat en 0,55 punts.

Ara bé, segons la STS de referència constant -de 9 de maig de 2013 -, el fet que una clàusula sigui definitòria de l'objecte principal no elimina totalment la possibilitat de controlar si el contingut és abusiu (apartat 191). Com a regla, no és susceptible de control. Però el TS cita el considerant 19è i l'article 4.2 de la Directiva 93/13 ; l'article 8 bis d'aquesta Directiva, introduït per la Directiva 2011/83/UE del Parlament europeu i del Consell, de 25 d'octubre de 2011, sobre els drets dels consumidors, la STJUE de 3 de juny de 2010 , les SSTS 401/2010, d'1 de juliol, 663/2010, de 4 de novembre i 861/2010, de 29 de desembre -, en sentit contrari, la STS 406/2012, de 18 de juny - i conclou que el sistema estableix un doble control de transparència d'aquestes clàusules (apartats 191 a 197).

Primerament, examina el control de transparència des de la perspectiva del compliment dels requisits exigits per a la incorporació de les clàusules als contractes (articles 5 i 7 LCGC). Segons el TS, la regulació detallada del procés de concessió de préstecs hipotecaris als consumidors continguda en l'Ordre ministerial de 5 de maig de 1994 garanteix raonablement l'observança d'aquells requisits d'incorporació de les clàusules de determinació dels interessos i les oscil·lacions en funció de les variacions de l'Euribor (apartats 202, 203 i 209).

El TS estableix, però, un segon control de transparència de condicions incorporades a contractes amb consumidors, per virtut del qual, la transparència documental de la clàusula, suficient als efectes d'incorporació a un contracte subscrit entre professionals i empresaris, és insuficient per tal d'impedir l'examen del contingut i, en concret, per impedir que s'analitzi si es tracta de condicions abusives. Cal que la informació subministrada permeti al consumidor percebre que es tracta d'una clàusula que defineix l'objecte principal del contracte, que

incideix o pot incidir en el contingut de l'obligació de pagament i tenir un coneixement real i raonablement complet de com juga o pot jugar en l'economia del contracte (apartat 211 de la STS).

Diu literalment la STS: " 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. "

12. Entrant en l'examen de les clàusules terra denunciades, el TS raona:

" 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 transcendencia, 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 "[l]as 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 impropialemente 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-.

La STS conclou que les clàusules analitzades superen el control de transparència als efectes de la inclusió com a condició general en els contractes, però no el de claredat exigible en les clàusules -generals o particulars- dels subscrits amb consumidors (apartat 223). " 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. "

El TS estima que les clàusules analitzades no són transparents, ja que:

- a) Falta informació prou clara que es tracta d'un element definitori de l'objecte principal del contracte.
- b) S'insereixen de manera conjunta amb les clàusules sostre i com a aparent contraprestació d'aquestes.
- c) No hi ha simulacions d'escenaris diversos relacionats amb el comportament raonablement previsible del tipus d'interès en el moment de contractar.
- d) No hi ha informació prèvia clara i comprensible sobre el cost comparatiu amb altres modalitats de préstec de la mateixa entitat -si existeixen- o advertiment que al perfil concret de client no li són ofertes aquestes.

e) En el cas de les utilitzades pel BBVA, s'ubiquen entre una quantitat aclaparadora de dades entre les quals queden emmascarades i que dilueixen l'atenció del consumidor (apartat 225)

13. En el cas en examen, també apreciem la falta de transparència de la clàusula terra continguda en el pacte 3t bis, F, de l'escriptura de préstec hipotecari, tot aplicant els criteris establerts en la STS de 9 de maig d'enguany. Així resulta de la prova del judici -només documental- integrada exclusivament, pel que fa a la documentació contractual i precontractual -que és la que interessa a aquests efectes- per l'escriptura de préstec de 27 de maig de 2005 (document número 1 de la demanda) i l'oferta vinculant de préstec hipotecari datada a 23 de maig de 2005 (document número 4 de la contestació).

No consten -ni s'al·leguen- facilitades les informacions referides en les lletres a), c) i d) transcrits en el fonament de dret anterior.

Quant a l'escriptura, considerem que la sistemàtica i la redacció del pacte d'interessos no compleixen les condicions de transparència que permetin al prestatari adonar-se que, per virtut de la clàusula terra, el préstec que subscriu com a préstec a interès variable, operarà en la pràctica com un préstec amb interès mínim fix, variable exclusivament a l'alça.

En l'escriptura, el diferencial del tipus de referència ocupa una posició preferent (apartat A) dins del pacte sobre els interessos. Per bé que respongui a la sistemàtica establerta en l'Ordre ministerial de maig de 1994 -no aplicable al cas, atesa la quantia del préstec-, la redacció permetia evitar alguns efectes indesitjables. El text d'aquest apartat A, sense cap referència ni condicionament a cap altre apartat -i, en concret, a l'apartat F, de la clàusula terra que tant hi pot incidir-, és a dir, amb l'aparença de règim complet, permet concloure que, en efecte, es tracta senzillament d'un préstec a un tipus d'interès variable, consistent aquest en l'Euribor a un any, incrementat en 0,55 punts. És cinc pàgines més endavant -el contracte consta de vint-i set fulls per dues cares- quan apareix la clàusula terra, amb el text transcrit al fonament de dret 2 d'aquesta sentència.

Banc, S.A. invoca l'oferta vinculant que porta data quatre dies anterior a la de l'escriptura. Encara que admetem que efectivament es va entregar -ho nega la part demandant i el document 4 aportat amb la contestació consisteix en una fotocòpia, fotocopiada també la firma del prestatari-, la única indicació que conté sobre el particular, entre les múltiples previsions relatives als interessos ordinaris i en lloc en absolut destacat, és la més que concisa " *Limits variació: Entre 99,99 % màxim i 03,00 % mínim* " que ben poc aporta a les exigències de transparència exposades.

14. La sentència del jutjat mercantil no examina si es van complir en el cas les garanties d'informació, perquè aprecia que la qüestió no ha estat plantejada en el judici (tot i que, al fonament de dret 15, el jutge puntualitza que un consumidor no pot pretendre al·legar que no ha llegit el contracte, quan n'ha tingut oportunitat, o que ha deixat de prestar atenció a la tediosa informació proporcionada pel notari o que no ha comparat l'oferta amb les condicions del mercat). En aquest punt, la nostra interpretació difereix.

L'extensa demanda, tot i que no se centra en l'element de la falta de transparència, sinó en la naturalesa abusiva de la clàusula terra -cal considerar que abans de la STS de 9 de maig de 2013 l'element de transparència s'acostumava a referir exclusivament al control de incorporació i no al control del caràcter abusiu-, sí fa referència específica a la deficiència de l'element informatiu.

Així, en el fet quart, quan al·ludeix a la resposta del Servicio de Reclamaciones del Banco de España a la carta del Sr. Serafin (document número 8 de la demanda), la demanda transcriu aquella part del comunicat de la institució, segons la qual, la limitació a la baixa del tipus d'interès: " *es aplicable siempre que resulte de un acuerdo expreso entre las partes, y se encuentre debidamente recogida en el contrato, extremando las cautelas que aseguran el conocimiento de su existencia y consecuencias de su aplicación, por parte de los clientes con anterioridad a la firma de los documentos contractuales* ". La part demandant afirma que la remissió del Banco de España als tribunals de justícia, " *junto con lo que nos parece una interesante consideración sobre la necesidad de extremar las cautelas que aseguren el conocimiento de la existencia y consecuencia de la aplicación de las **cláusula** (sic) que venimos denunciando, cosa que en el presente caso trataremos de demostrar que no ha sucedido, son las razones que han impulsado a nuestro mandante a interponer la presente demanda* ".

En el fonament de dret 3.1 de la demanda, quan s'argumenta que la clàusula és contrària a les exigències de la bona fe, se sosté que " *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 las eventuales bajadas de tipos de interés. Podemos afirmar por ello que la actuación unilateral de las entidades*

de crédito al fijar **suelos** "defrauda las expectativas" de los consumidores y constituye, por tanto, una condición abusiva para sus derechos. "

Més endavant, en el mateix fonament de dret, la demanda conté la citació del professor Francisco Pertíñez que reproduïm literalment: " *lo determinante no es valorar la transparencia de la **cláusula** en sí misma considerada, sino de manera más global, como repercute la misma en una fijación transparente del precio. Una **cláusula** puede ser absolutamente clara y comprensible y sin embargo provocar un efecto distorsionador sobre el precio. Lo obvio es que la transparencia se hace tanto más importante en la valoración de una **cláusula** cuanto más perceptible sea para el consumidor el efecto que la misma pueda provocar sobre el precio y, por lo tanto, más incidencia pudiera tener su decisión de contratar o no contratar con un oferente determinado. Es razonable entender que la **cláusula suelo**, de resultar suficientemente conocida por los prestatarios antes de la realización del contrato, pudiera incidir de manera típica en la decisión de contratar, por la probabilidad del acaecimiento de la circunstancia que actúa la aplicación de la **cláusula** (el descenso del tipo de referencia por debajo del umbral mínimo establecido) y por la perceptibilidad de las consecuencias económicas de su aplicación "*.

A continuació, la demandant subratlla (en negreta i majúscules) que, per tant, directament relacionat amb el tema de la bona fe es troba el de la informació prèvia als consumidors sobre la existència d'aquestes clàusules. La demanda tanca aquest apartat amb una llarga referència a la normativa sobre transparència bancària, per sostenir, d'una banda, que no exclou l'aplicació de la legislació protectora dels consumidors, i per l'altra, que no ha estat degudament complida en el cas en examen.

En el recurs d'apel·lació, de nou quan tracta de la infracció de la bona fe, la part demandant es refereix a la informació subministrada al Sr. Serafin , en relació amb l'existència i el contingut de l'oferta vinculant, que titlla d'obscura i no facilitadora d'un coneixement cabal per part del prestatari dels límits de variació del tipus d'interès.

Per tant, entenem que, amb més o menys precisió, la part demandant va plantejar en les dues instàncies la qüestió de la falta de transparència de la clàusula terra aplicada, matèria sobre la qual ha pogut contestar i ha contestat efectivament l'entitat bancària demandada, en les dues instàncies.

En qualsevol cas, com declara l'apartat 130 de la STS de 9 de maig de 2013 , com a conclusió de les qüestions examinades en el fonament de dret sisè d'aquella resolució (*El control de las **cláusulas** abusivas*), en la mesura en què sigui necessari per assolir l'eficàcia del Dret de la Unió, en els supòsits de clàusules abusives, els tribunals han de temperar les rigideses clàssiques del procés, de tal manera que, en l'anàlisi de l'eventual caràcter abusiu de la clàusula la declaració de nul·litat de la qual va ser interessada, no cal que ens ajustem formalment a l'estructura dels recursos. Tampoc no és necessari que la decisió s'ajusti exactament a la pètit de la demanda, sempre que les parts hagin tingut l'oportunitat de ser oïdes sobre els arguments determinants de la qualificació de les clàusules com a abusives.

15. La valoració del caràcter abusiu de la clàusula terra del préstec hipotecari

Establerta la falta de transparència de la clàusula terra en el cas examinat, cal remetre novament a la STS de 9 de maig de 2013 (apartat 229) per recordar que aquesta falta de transparència no implica necessàriament que la clàusula tingui caràcter abusiu.

I. En aquest punt, convé recordar, primerament, el que diu la norma. L' article 8.2 LCGC estableix: " *En particular, seran nul·les les condicions generals que siguin abusives, quan el contracte s'hagi celebrat amb un consumidor, entenent per tals en tot cas les que defineixen l' article 10 bis i la disposició addicional primera de la Llei 26/1984, de 19 de juliol , general per a la defensa dels consumidors i usuaris "*.

L' article 3.1 de la Directiva 93/ 13 disposa que "[I] 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 "

L' article 10 bis LGDCU de 1984 , introduït per la LCGC, aplicable al cas per raons temporals, estableix, en l'apartat 1, paràgraf primer: " *Es consideraran clàusules abusives totes aquelles estipulacions no negociades individualment que en contra de les exigències de la bona fe causin, en perjudici del consumidor, un desequilibri important dels drets i les obligacions de les parts que es derivin del contracte. En tot cas es consideraran clàusules abusives els supòsits d'estipulacions que es detallen a la disposició addicional d'aquesta Llei. "*

L'apartat 1, paràgraf quart del mateix article 10 bis diu: " *El caràcter abusiu d'una clàusula s'apreciarà tenint en compte la naturalesa dels béns o els serveis objecte del contracte i considerant totes les circumstàncies concurrents en el moment de la signatura, així com totes les altres clàusules del contracte o d'un altre del qual depengui aquest.* "

II . Tal com declara la STS de 9 de maig de 2013 (apartats 251 i ss.), l'article 3 de la Directiva delimita tan sols de manera abstracta els elements que confereixen caràcter abusiu a una clàusula contractual que no ha estat negociada individualment i tampoc la norma espanyola conté precisions especials de què ha d'entendre's per desequilibri important contrari a la bona fe, per la qual cosa, atesa la finalitat de les condicions generals -incorporació a una pluralitat de contractes amb consumidors- i del seu control abstracte, el TS -que està judicant una acció col·lectiva-, no la limita a l'esfera subjectiva, sinó que la projecta sobre el comportament que el consumidor mig pot esperar de qui competeix lleialment en el mercat i imposa condicions acceptables en un mercat lliure i abastit, màxim quan es tracta de préstecs hipotecaris en els quals el consumidor confia en l'aparença de neutralitat de les persones concretes de les quals es val l'empresari (personal de la sucursal) per oferir el producte.

El TS es fa ressò del criteri proposat en la STJUE de 14 de març de 2013 (Aziz, apartat 69), que, quan tracta del desequilibri contrari a la bona fe, afirma que el jutge nacional ha de comprovar si el professional podia estimar raonablement que, tractant d'una manera lleial i equitativa amb el consumidor, aquest acceptaria una clàusula d'aquest tipus en el marc d'una negociació individual.

III . La STS, quan examina el caràcter abusiu de les clàusules terra, fa unes puntualitzacions (apartats 256 a 259) que cal portar també al nostre cas, en la mesura que fonamenten el rebuig d'algunes de les al·legacions en les quals la part demandant apel·lant fonamenta la naturalesa abusiva que atribueix a la clàusula denunciada:

" 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 ."*

IV . Ateses les al·legacions i les proves d'aquest judici, en la valoració del caràcter abusiu de la clàusula terra del préstec hipotecari subscrit pel Sr. Serafin , no advertim cap raó per separar-nos dels criteris i les conclusions mantinguts en la STS de 9 de maig de 2013 . Paral·lelament al que exposa gràficament l'apartat 264 de la sentència esmentada, la clàusula F del pacte tercer bis del contracte que ens ocupa, en la realitat, dona cobertura exclusivament als riscos d'oscil·lació a la baixa del tipus de referència, a favor de l'entitat creditícia i amb frustració de les expectatives del consumidor d'abaratiment del crèdit com a conseqüència de la minoració del tipus d'interès pactat com a variable (Euribor per operacions a un any, incrementat en 0,55 punts). En entrar en joc una clàusula terra previsible per a l'empresari, converteix el tipus nominalment variable a l'alça i a la baixa, en un tipus d'interès fix que és variable exclusivament a l'alça.

Entenem que concorren en el cas els dos elements que exigeix cumulativament l' article 10 bis LGDCU de 1984 -en la redacció per la LCGC- (i l' article 82.1 de la LGDCU vigent) per tal d'apreciar la naturalesa abusiva de la clàusula: 1) la contravenció de les exigències de la bona fe i 2) el desequilibri important dels drets i les obligacions de les parts, en perjudici del consumidor. El primer va consistir en aprofitar el desconeixement del consumidor en relació amb una clàusula que no va ser objecte de la informació precontractual adequada i el

segon, en l'alteració de la càrrega econòmica real derivada del contracte, causada per la falta de transparència de la clàusula en qüestió.

16. La declaració de nul·litat limitada a la clàusula terra

Conformement amb l'article 8.2 LCGC ("*[e] n particular, seran nul·les les condicions generals que siguin abusives, quan el contracte s'hagi celebrat amb un consumidor, entenent per tals en tot cas les que defineixen l'article 10 bis i la disposició adicional primera de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris*"), hem de declarar la nul·litat de la clàusula continguda en l'apartat F del pacte tercer bis de l'escriptura de préstec hipotecari subscripta entre els litigants i condemnar la demandada, com se sol·licita en la demanda, a suprimir-la o a tenir-la per no posada en el contracte signat.

L'article 9.2 LCGC estableix que "*[l] a sentència estimatòria, obtinguda en un procés incoat mitjançant l'exercici de l'acció individual de nul·litat o de declaració de no-incorporació, decretarà la nul·litat o no-incorporació al contracte de les clàusules generals afectades i aclarirà l'eficàcia del contracte d'acord amb l'article 10, o declararà la nul·litat del mateix contracte quan la nul·litat d'aquelles o la seva no-incorporació afecti un dels seus elements essencials en els termes de l'article 1261 del Codi civil*". En el cas examinat, la nul·litat del contracte serà parcial, ja que abastarà exclusivament la clàusula terra, sense afectar la subsistència de la resta del contracte.

És cert que l'article 10.2 LCGC preveu la integració de la part del contracte afectada per la nul·litat. Ara bé, com recorda l'apartat 273 de la STS de 9 de maig de 2013, la STJUE de 14 de juny de 2012 (Banco Español de Crédito i Patricio) declara que "*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 [en el cas, es refereix a l'article 83 del Reial Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la LGDCU i altres lleis complementàries], que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una clàusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la clàusula abusiva*".

La STJUE, en l'apartat 61, raona: "*a fin de responder a la cuestión planteada en lo que atañe a las consecuencias que deben deducirse de la declaración del carácter abusivo de una clàusula contractual, es preciso remitirse tanto a la letra del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como a la finalidad y sistemática de esta última (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de diciembre de 2009, AHP Manufacturing, C 482/07, Rec. p. I 7295, apartado 27, y de 8 de diciembre de 2011, Merck Sharp & Dohme, C 125/10, Rec. p. I-0000, apartado 29)*".

Pel que fa referència al tenor literal de l'article 6.1 de la Directiva ("*Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las clàusulas 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 clàusulas abusivas*"), la STJUE fa constar, per una banda, "*que el primer fragmento de frase de dicha disposición, si bien reconoce a los Estados miembros cierto margen de autonomía en lo que atañe a la definición del régimen jurídico aplicable a las clàusulas abusivas, les impone expresamente la obligación de establecer que tales clàusulas «no vincularán al consumidor»*" (apartat 62).

La STJUE continua: "*63 En este contexto, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de interpretar la citada disposición en el sentido de que incumbe a los tribunales nacionales que examinan el carácter abusivo de las clàusulas contractuales deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello, a fin de evitar que las mencionadas clàusulas vinculen al consumidor (véanse la sentencia Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 58; el auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C 76/10, Rec. p. I-0000, apartado 62, y la sentencia Perenicová y Perenic, antes citada, apartado 30). En efecto, tal y como se ha recordado en el apartado 40 de la presente sentencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas*".

64 Por otro lado, procede señalar que el legislador de la Unión previó expresamente, tanto en el segundo fragmento de frase del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como en el vigésimo primero considerando de ésta, que el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si éste puede subsistir «sin las clàusulas abusivas».

65 Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la clàusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca

efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las **cláusulas** abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. "

Quant a la finalitat i la sistemàtica de la Directiva 93/13, la STJUE de 14 de juny de 2012 declara que " según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véanse las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 37; Pannon GSM, apartado 26, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 51). " (apartat 67).

En els apartats següents, afegeix: " 68 Así pues, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores -los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales-, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigésimo cuarto considerando, dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de **cláusulas** abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

69 Pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las **cláusulas** abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales **cláusulas** abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, [cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0618:ES:HTML[15/06/2012 10:28:04] el auto Pohotovost)

70 Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las **cláusulas** abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección (véanse las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08, Rec. p. I 4785, apartados 28 y 29, y Perenicová et Perenic, antes citada, apartado 34). "

17. La condemna a la devolució de l'excés cobrat

La STS de referència constant, de 9 de maig de 2013, en l'apartat 283, recorda que, com a regla, en el nostre sistema, la ineficàcia dels contractes -o d'alguna de les clàusules, si el contracte subsisteix- exigeix destruir-ne les conseqüències i esborrar-ne els rastres com si no haguessin existit i evitar així que en derivin efectes, d'acord amb la regla clàssica *quod nullum est nullum effectum producit* (allò que és nul no produeix cap efecte). Ho disposa així l'article 1303 del Codi civil (declarada la nul·litat d'una obligació, els contractants han de restituir-se recíprocament les coses que haguessin estat matèria del contracte, amb els fruits, i el preu amb els interessos, salvant el que es disposa en els articles següents). Atès, però, el conjunt de circumstàncies d'aquell litigi que resol, el TS declara la irretroactivitat de la sentència dictada.

En el cas en examen, considerem que, tal com demanava l'actor Sr. Serafin, ha de ser aplicada la regla general segons la qual, la decisió judicial que declara abusiva una clàusula determinada ha de retrotraure els efectes al moment de la conclusió del contracte (efectes *ex tunc*). La naturalesa d'aquest litigi (acció de nul·litat instada per un consumidor en relació amb un contracte individualitzat) difereix de la del judici decidit per la STS de 9 de maig de 2013 (acció col·lectiva de cessació). Ni aquest procés queda afectat per l'efecte de cosa jutjada material de la STS ni les circumstàncies del nostre cas s'identifiquen amb les d'aquell (singularment la tinguda en compte en l'apartat 293, k: el risc de trastorns greus amb transcendència a l'ordre públic econòmic).

En conseqüència, estimarem també la pretensió formulada pel demandant, de condemna de l'entitat demandada a la devolució de l'excés percebut com a conseqüència de l'aplicació de la clàusula declarada nul·la, amb els interessos corresponents.

18. Costes

L'estimació del recurs d'apel·lació determina que no s'imposin les costes de la segona instància del judici (article 398.1 de la Llei d'enjudiciament civil, LEC).

Quant a les costes de la primera instància, coincidim amb el jutge mercantil en considerar que la qüestió plantejada entranyava seriosos dubtes de dret i mancava de pronunciaments jurisprudencials uniformes. Per tant, malgrat l'estimació de la demanda, no imposarem tampoc les costes de la primera instància del judici (article 394.1 LEC).

DECIDIM

Estimem el recurs d'apel·lació interposat pel Don. Serafin contra la sentència dictada pel Jutjat Mercantil número 4 de Barcelona, el 19 de juliol de 2012 , en el judici ordinari número 194/2012, seguit a instàncies Don. Serafin , contra BANC, S.A.

Revoquem la sentència del jutjat.

Estimem la demanda Don. Serafin , contra BANC, S.A.

1. Declarem la nul·litat de la clàusula terra inclosa en l'apartat F del pacte tercer bis, del contracte de préstec hipotecari subscrit entre les parts el dia 27 de maig de 2005.

2. Condemnem la demandada a eliminar la clàusula referida del contracte o bé a tenir-la per no posada.

3. Condemnem la demandada a tornar a l'actor la suma de 5.485,77 euros, import de l'excés cobrat pel banc fins a la data de la demanda, 7 de març de 2012, en virtut de la clàusula declarada nul·la i a pagar els interessos legals corresponents des de la data de cada cobrament.

4. Condemnem la demandada a tornar a l'actor l'import de l'excés cobrat pel banc des de la data de la demanda fins a la fermesa de la sentència, en virtut de la clàusula declarada nul·la, i a pagar els interessos legals corresponents des de cada cobrament.

No imposem les costes de cap de les dues instàncies del judici.

Contra aquesta resolució les parts legitimades podran interposar recurs de cassació i/o extraordinari per infracció processal, davant d'aquest tribunal, en el termini de 20 dies, de conformitat amb els criteris legals i jurisprudencials d'aplicació.

Ferma aquesta resolució, es tornaran les actuacions originals al Jutjat de procedència, amb testimoni per al compliment.

Així per aquesta sentència, de la qual s'unirà certificació al rotlle, ho pronunciem, manem i signem.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILMO. SR. JOSÉ MARÍA

En Barcelona a 16 de diciembre de 2013.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Mi discrepancia con la mayoría guarda relación con el fundamento decimoséptimo de la sentencia, que fija los efectos de la declaración de nulidad de la **cláusula suelo** del préstamo hipotecario suscrito entre las partes, así como, lógicamente, con el sentido del fallo. A mi entender el recurso debería estimarse sólo parcialmente, rechazando la condena de la demandada a la restitución de las cantidades pagadas en exceso (puntos tercero y cuarto del fallo).

Considero que la sentencia se aparta injustificadamente del criterio sentado por la STS de 9 de mayo de 2013 , que es extrapolable a las acciones individuales de nulidad instadas por un consumidor. En concreto, el punto décimo del fallo de la Sentencia del TS dice lo siguiente: " *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.*"

La Sentencia de referencia no desconoce que, como regla general, la ineficacia de los contratos " *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 "*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" (apartado 283). Sin embargo admite 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) (apartado 291).

En concreto, la irretroactividad de la sentencia, en el sentido de que la nulidad de la **cláusula** no afecta a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada " ni a los pagos ya efectuados en la fecha de la publicación" (apartado 294) , lo justifica el Tribunal Supremo por las siguientes circunstancias que enumera en su apartado 293:

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".

SEGUNDO.- La mayoría admite que diez de las once circunstancias valoradas por el Pleno del Tribunal Supremo para denegar la retroactividad de la sentencia concurren en el presente caso, dado que son predicables tanto de las acciones colectivas como de las individuales. Únicamente en nuestro caso no se daría el "riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico" (apartado k/ de la Sentencia). No comparto esa conclusión. Ese riesgo el Tribunal Supremo no lo asocia con el tipo de acción -colectiva o individual- sino con la habitualidad de la **cláusula** y con la extensión de la doctrina jurisprudencial a multitud de contratos. En este sentido se pronuncia la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 23 de julio de 2013 (ROJ 13086/2013).

En definitiva, resulta del todo punto ilógico que una misma situación jurídica merezca una respuesta judicial distinta según cual sea cauce procesal seguido para lograr su protección. Según el parecer de la

mayoría, la nulidad de una **cláusula suelo** declarada en el marco de una acción colectiva no conlleva la restitución. Por el contrario, si la nulidad se postula en una acción individual la entidad de crédito deberá devolver lo indebidamente percibido conforme a esa **cláusula**.

La sentencia de la que discrepo también alude a que, denegando la devolución, estaríamos reconociendo, al menos en parte, el efecto vinculante de una **cláusula** declarada nula por abusiva, en contra de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Directiva 93/2013. Considero, sin embargo, que ese argumento no es propio de la acción individual y, por tanto, que fue tomado en consideración por el Pleno del Tribunal Supremo al fijar su criterio.

En definitiva, a mi juicio la nulidad de la **cláusula** produce sus efectos desde la publicación de esta sentencia y, en consecuencia, no debe conllevar la restitución de los pagos efectuados por la actora.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Ilma. magistrada ponente en el mismo día de su fecha y en acto de audiencia pública; doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ