



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

JDO. MERC. 1 (ANT.1A. INSTANCIA
BURGOS

SENTENCIA: 00361/2015

ALEJANDRO RUIZ DE LANDA
Procurador

www.procuradorruizdelanda.es
info@procuradorruizdelanda.es

20/noviembre/2015

FECHA DE NOTIFICACIÓN

AVDA REYES CATOLICOS, 51 BIS
Teléfono: 947284055
Fax: 947-284056

S40000

N.I.G.: 09059 42 1 2014 0010053

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000608 /2014

Procedimiento origen: /

Sobre CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION

D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

S E N T E N C I A n° 361/15

En BURGOS a dieciséis de Noviembre de dos mil quince.

Don Iñigo Herrero Elejalde, Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil n° 1 de esta ciudad y su partido judicial, ha visto los autos de juicio ordinario, registrados con el número 608/2014, promovidos por [REDACTED] representados por el Procurador de los Tribunales D. Alejandro Ruiz de Landa, y asistidos por el Letrado D. Gustavo Adolfo Pietropaolo Jiménez contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por el Procurador de los Tribunales D. [REDACTED] y asistido por el [REDACTED], sobre nulidad de condición general de la contratación y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales demandante, en el nombre y representación que acreditó, formuló ante este Juzgado demanda contra el mencionado demandado, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó

suplicando al Juzgado: que se declare la nulidad de las estipulaciones contenidas en el préstamo hipotecario celebrado con los demandantes que establecen un tipo mínimo de interés / tipo máximo de referencia, condenando a la demanda a eliminar dichas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario suscrito con los demandantes; se condene a la entidad demandada a la devolución a los actores de las cantidades que en concepto de interés han abonado indebidamente y cobrado en exceso, en virtud de la estipulación impugnada, durante el período de vigencia del contrato de préstamo y cuya cantidad que será determinada en ejecución de sentencia sobre la case de recalculación de los pagos que hubieses tenido que efectuar el demandante en el caso de que la cláusula declarada nula nunca hubiese existido, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de cada cobro, condenando a la demandada reintegrar a los demandantes lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de interés a amortizar en cada préstamo la cantidad que se determine ya recalculación de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo y manteniendo lo demás la vigencia del contrato; todo ello con imposición de las costas generadas.

Los hechos y fundamentos alegados en la demanda son, sucintamente, los siguientes: los actores concertaron como prestatarios un préstamo a interés variable resultándoles de aplicación una limitación del tipo de interés que nunca sería inferior al 4 por ciento. Los demandantes alegan que la citada cláusula reviste el carácter de condición general de la contratación ya que no fue negociada individualmente e insta la nulidad de la misma por falta de transparencia en la incorporación de la cláusula impugnada al contrato.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado al demandado quien contestó oponiéndose a la misma alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado la desestimación de la demanda con imposición de costas a la actora.

Los hechos y fundamentos alegados en la contestación a la demanda son, sucintamente, los siguientes: la cláusula suelo supera los controles de incorporación y transparencia y no es abusiva ya que no existe ni desproporción ni desequilibrio en las prestaciones oponiéndose subsidiariamente para el caso de estimar la nulidad a la eficacia retroactiva de esta declaración.

TERCERO.- Convocadas las partes a la preceptiva audiencia al juicio que señala la Ley, comparecieron ambas partes, exhortándose a las mismas para que llegaran a un acuerdo, que no se logró, afirmándose y ratificándose en sus respectivos escritos de demanda y contestación, y realizando las manifestaciones que obran en autos solicitaron el recibimiento del pleito a prueba, todo lo cual consta debidamente registrado en soporte apto para la grabación y

reproducción del sonido y de la imagen, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba, a instancia de ambas partes, y llegado que fue el día señalado para el juicio, se practicó la prueba propuesta y admitida en los términos que consta en la grabación, y que, en aras a la brevedad, se tiene por reproducido. Practicadas las pruebas las partes formularon oralmente sus conclusiones en los términos que obran en autos.

QUINTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Carácter de condición general.

Se discute en primer lugar si la cláusula discutida puede ser considerada o no como condición general de la contratación. Conforme al art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 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.

Los requisitos que caracterizan las condiciones generales tal y como se recoge en la STS de 9 de mayo de 2013 son: 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; imposición (su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; d) generalidad (las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinados 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 vayan a realizarse). Continua afirmando la referida STS de 9 de mayo de 2013 que "cabe concluir que: a) la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no

puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere o consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar; b) no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre la pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario; c) tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios; d) la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario". La STS de 2 de marzo de 2011 ya vino a afirmar que la regulación de la forma de inclusión de una cláusula en un contrato de préstamo hipotecario por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 en modo alguno suponía la exclusión de la Ley 7/1998 LCGC a estos contratos con consumidores. STS 241/2013 de 9 de mayo en el párrafo 144 del FJ 7º sostiene además que "el hecho de que [las condiciones generales de contratación] se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo".

Como indica la tan traída sentencia, en todo caso corresponderá a la entidad financiera acreditar lo contrario y de lo obrante en las actuaciones no cabe sino concluir que la cláusula suelo es una condición general de la contratación al ser una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos (aún cuando no sea a la totalidad), que no ha sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente sino impuesta por el banco a modo de "oferta irrevocable". Es más constituye un hecho notorio que cláusulas como las aquí examinadas son redactadas siempre y en todo caso por la entidad financiera que posteriormente la incorpora primero a la oferta vinculante y posteriormente las plasma en la escritura del préstamo cuyo contenido presume la norma ha de coincidir con la oferta vinculante.

SEGUNDO.- Control de inclusión y transparencia documental

Los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indican que "la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales; a) las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato; b) las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles". La STS 241/2013 de 9 de mayo sostiene que "la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la Orden Ministerial 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 del Euribor".

Continúa afirmando la citada resolución en relación con la cláusula controvertida que "las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen con las exigencias legales para su incorporación a los contratos tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores a tenor del artículo 7 LCGC".

En el caso que nos ocupa la escritura de préstamo hipotecario se otorgó en fecha 17 de abril de 2.002 por un principal de 140.000 euros. Es por ello que se concedió conforme a la regulación anterior a la hoy vigente, esto es, conforme a la legislación vigente en el momento de concertar el préstamo Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios. La Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1994. La Ley 41/2007 de 7 Diciembre, por la que se introduce la modificación de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito eliminó el límite cuantitativo. Esto es, que la entrega del documento de Oferta Vinculante era obligatoria para cualquier operación de préstamo hipotecario de cualquier importe si bien esta debía entregarse con 3 días hábiles de antelación tan solo a las hipotecas con importe limitado a la cifra antes indicada. Posteriormente se incorporó al ordenamiento jurídico la Orden EHA/2899/2011 que derogaba la Orden Ministerial de 1994, la cual entró en vigor el día 29 de julio de 2.012. Compete pues a la entidad demandada demostrar conforme a las normas de distribución de la carga de la prueba por la disponibilidad y facilidad probatoria que ostenta acreditar el cumplimiento de la normativa sectorial de transparencia.

Atendida la fecha de otorgamiento del préstamo y la cuantía del mismo la entidad venía obligada a la entrega de oferta vinculante y al menos 3 días antes del otorgamiento de la escritura pública. La entidad demandada no ha acreditado que entregó y se firmó la oferta vinculante por lo que cabe afirmar que la entidad demandada no cumplió con la obligación legal de entrega de la oferta vinculante (art. 5 OM 5 de mayo de 1994). Por consiguiente ha resultado acreditado que la demandada incumplió con las obligaciones de transparencia documental impuestas y la cláusula se tiene por no incorporada en el contrato.

En consecuencia la cláusula impugnada no supera el control de inclusión, y se tiene por no incluida debiendo sin perjuicio de proceder a continuación a analizar si la estipulación impugnada supera o no el control de transparencia material y procede por ende declarar por ello su nulidad.

TERCERO: Control de transparencia real

El control sobre las citadas cláusulas impone en primer lugar determinar y precisar su naturaleza y la posibilidad o no de que queden sujetas al indicado juicio de transparencia y declarar en su caso, su abusividad. Las cláusulas sueltas en términos del TS forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y definen el objeto principal del contrato (STS 241/2013 párr. 189-190). En este sentido afirma la indicada resolución en consonancia con la STJUE de 14 de junio de 2012 que la eficacia de una cláusula abusiva está sujeta a control imperativo debiendo apreciarse de oficio su nulidad incluso acordando diligencias de pruebas y sin que el principio de congruencia impida la apreciación de la nulidad absoluta preservando el principio de contradicción mediante el planteamiento motivado de la nulidad de oficio. Esta doctrina se aplica tanto a las acciones individuales como a las colectivas, ahora bien, respecto a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, el juicio de abusividad no se permite excepto cuando la cláusula no sea transparente.

Así pues para analizar el carácter abusivo de estas cláusulas el Alto Tribunal procedió a una interpretación literal del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Por consiguiente de conformidad al criterio sostenido ahora por el Alto Tribunal el juicio de abusividad se ha de analizar previa declaración de falta de transparencia material de la cláusula objeto de examen delimitando así los términos de la STJUE de 3 de junio de 2010 la cual concluía que "en el ordenamiento jurídico español un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible". Debe entenderse pues que la exigencia de control de transparencia previo a la declaración de abusividad no contradice lo sostenido por el STJUE que viene a indicar que la redacción clara y comprensibles, esto es, el control de transparencia documental no puede convertirse en un obstáculo enervante que impida la prosecución del examen de abusividad de la cláusula impugnada.

El artículo 80 TRLGDCU dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones Públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que,

en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. B) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido; c) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor". Asimismo del artículo 60 TRLGDCU se desprende un deber general de informar antes de la celebración del contrato sobre el precio total del producto o servicio y sobre las características esenciales de los bienes o servicios objeto del mismo. Esto es, se ha de examinar con arreglo a los preceptos señalados si se ha permitido al consumidor poder conocer con sencillez tanto la carga económica del contrato como la carga jurídica en el sentido de definición clara de la distribución de riesgos derivados de él. En otras palabras, el consumidor en el caso que nos ocupa 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. Incumbe a la entidad demandada acreditar que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente del significado jurídico y económico que para él podía derivarse de la inclusión de la cláusula en el contrato.

En el caso de autos no se ha probado que la entidad demandada haya cumplido con su deber de transparencia. No ha acreditado la demandada que se hicieran comparativas con otras modalidades de préstamo, tampoco resultó acreditado que hubiera informado perfectamente del comportamiento previsible del índice de referencia, ni que efectuaran simulaciones o comparativas con otras alternativas contractuales de la propia entidad ni tampoco ha acreditado otros hechos que hicieran transparente la cláusula. En su interrogatorio el demandante manifestó que pidió el capital y en la entidad le dijeron "vas a pagar 600 o 700 euros al mes". Negó que se le entregara tríptico ni folleto informativo alguno ni que se le hiciera simulación alguna de tipos de interés. Asimismo destacó que pasaron tan solo 3 o 4 días entre que le "dieron el OK y la firma de la escritura" y que la otra demandante (su cónyuge) no acudió a la entidad sino tan solo a la firma de la escritura.

Tampoco puede reputarse el acto de otorgamiento de la escritura pública ante el Notario momento pertinente ni adecuado para que los prestatarios tomen real y efectivo conocimiento de una cláusula de tamaño importancia ello no obstante el cumplimiento formal de advertencia del Notario (que puede significar más de recordatorio) ya que ello no obsta ni elimina la obligación de la entidad prestamista de informar fielmente y de manera completa a los clientes para que alcancen una comprensibilidad real del contrato que suscriben tal y como se indica en la STS de 8 de septiembre de 2.014.

Es por todo ello que queda acreditado que la entidad demandada no informó razonablemente sobre dicha cláusula atendido el carácter principal de la misma al ser parte del precio y por ende, no transmitió a los clientes información adecuada atendida la naturaleza y trascendencia real en la dinámica contractual de la citada cláusula para que pudieran alcanzar una comprensibilidad real de su existencia y contenido, infringiendo con ello los deberes de transparencia que le son propios.

CUARTO. - Control de abusividad

Sentado la infracción del deber de transparencia por falta de comprensibilidad real de la importancia de la cláusula impugnada en el desarrollo razonable del contrato se abre el juicio de abusividad lo que entronca con el juicio de contenido y sus consecuencias (art. 83 TRLGDCU). Esta abusividad se concreta (art. 3.1 Directiva 93/13 y 82.1 TRLGDCU) en que contradiciendo las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor. No obstante ni el artículo 3 de la Directiva que delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no ha sido negociada individualmente ni el TRLGDCU contienen especiales precisiones de qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe. En conclusión tienen que concurrir los dos requisitos, esto es la existencia de un desequilibrio jurídico importante por un lado que atiende al equilibrio jurídico u obligacional y buena fe objetiva. En la STUE de 14 de marzo de 2013 al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe al analizar en qué circunstancias se produce dicho desequilibrio indica que "el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

Esta configuración del concepto de "desequilibrio contrario a la buena fe" relativa al control de contenido parece acomodarse más bien al control propio de contenido aplicable a las condiciones de carácter normativo sobre las que no existe negociación individual, respecto de las cuales la posibilidad de disconformidad se deja para un momento posterior al de celebración o perfección del contrato por medio de la alegación del carácter abusivo de alguna de ellas.

A este respecto el Tribunal Supremo indicaba en la STS 241/2013 que para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad en circunscrito al ámbito de un control abstracto de validez, debía atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto y continuaba diciendo que "en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento

del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable". Señalando además con posterioridad el mismo Tribunal en su Auto de aclaración de 3 de junio de 2.013 que "la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia".

La proporcionalidad o equilibrio en las prestaciones en un examen no abstracto de validez (a diferencia del que inspiraba la STS de 9 de mayo de 2.013) exige, en el caso de una acción individual, no solo evaluar el posible desequilibrio abstracto para expulsar la cláusula del contrato sino que al amparo del art. 82.3 del TRLGDCU considerar las circunstancias concurrentes en el momento de celebración y las demás cláusulas del contrato o de otro que dependa. Es por ello que el desequilibrio no abstracto sino concreto de una abusividad que podríamos calificar de impropia o atípica al no venir referida a reglamentación normativa sino a elementos esenciales queda delimitado en el caso de autos en la ausencia de un real y efectivo reparto de riesgos. Esta apariencia formal (préstamo a interés variable cuando en realidad es un préstamo con interés fijo variable al alza) que determina un desequilibrio prestacional ha de ser contrario a las exigencias de buena fe o según los términos anteriormente empleados, a un trato leal y equitativo en la negociación para poder declarar la abusividad de la cláusula impugnada.

Para poder afirmar que la entidad incurrió en un desequilibrio contrario a la buena fe susceptible de declaración de abusividad se requiere acreditar que la entidad al no transmitir "la información que le era exigible" "creaba" una apariencia formal discordante con el contenido negocial proyectado. Ello lleva indefectiblemente a plantearnos una pregunta, ¿si la cláusula carece de transparencia real se puede afirmar que por ello el predisponente creaba una apariencia formal que determinaba que el adherente consintiera lo que de otro modo no hubiera consentido, ya que esa la infracción de los deberes de información que le eran propios creaban dicha apariencia?

Que no hubiere existido negociación individual no implica en un doble sentido que la cláusula carezca de transparencia real y sea la vez abusiva porque ese automatismo no es dable en cuanto como hemos afirmado si bien el trato leal o equitativo correspondiente al parámetro de validez de la abusividad propia de la reglamentación normativa trasladada a la esfera de la abusividad impropia de los elementos esenciales del contrato se traduce en un deber de diligencia que impida que el adherente conciba que esta contratando algo distinto a lo que realmente contrata. Es menester conforme al art. 82.3 TRLGDCU antes citado que para que este deber de diligencia determine una práctica en contra de las exigencias de la buena fe, este se haya obviado teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes al momento de celebración del contrato.

En el momento de celebración del contrato la reglamentación sectorial regulaba la información y el proceso de negociación en este ámbito (O.M. 5 de mayo de 1.994) por lo

que si esta se infringió (ocultación directa) en el momento de celebración del contrato - falta de transparencia documental - (tal y como ha resultado acreditado) puede afirmarse que con dicha actuación se creó una apariencia negocial contraria a la buena fe y con ello una infracción intencional de los deberes de información que le eran propios. Por consiguiente, el desequilibrio obligacional se ha calificar de contrario a la buena fe, y por ende, se puede tachar a la cláusula de abusiva desde el momento de celebración del contrato.

A esta conclusión llega a sensu contrario igualmente el Tribunal Supremo en su STS de 25 de marzo de 2.015 en la cual tras exponer una serie de argumentos para valorar la buena fe tales como: "...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 la STS de 9 de mayo de 2.013; g) no consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 mayo de 1.994..." establece una distinción entre los supuestos de abusividad por falta de transparencia real y los demás, debiendo comprender esta exclusión aquellos en los que las cláusulas adolecen de oscuridad interna (control de inclusión) y de transparencia documental.

QUINTO.- Nulidad parcial y sus efectos

Debe en definitiva, estimarse la demanda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 3 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación sin que ello conlleve la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma, con arreglo al artículo 10 del mismo texto legal.

Sobre la declaración de nulidad por abusividad se pronuncia la STJUE de 14 de junio de 2.012, entre otras sentencias, respondiendo a una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona con relación a un proceso monitorio y el examen de oficio del carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora. Dicha resolución sostiene que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Es decir, el juez nacional no tiene una facultad, sino una obligación de pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Asimismo manifiesta que no puede modificar ni integrar el contenido del contrato tras declararla nula por abusiva.

En consecuencia, la cláusula nula por abusiva no puede ser modificada ni reparada y se elimina del contrato, conservando el resto (artículo 83 del TRLGDCU).

En todo caso el artículo 10.2 LCGC dispone que "la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad

se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo" lo que no supone exclusión de la aplicación del artículo 1.303 CC debiendo tener en cuenta que el artículo 9 LCGCU efectúa una remisión expresa al Código Civil.

Por su parte, el artículo 6 de la Directiva indica que "Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

Este principio, que se ha denominado de "no vinculación" a las cláusulas abusivas, ha sido reiterado en numerosas ocasiones, así en la STJUE de 26 de abril del 2012: Los órganos jurisdiccionales nacionales que comprueben el carácter abusivo de una cláusula de las CG están obligados, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula.

Debe ponerse asimismo de relieve que conforme al principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE y atendidas las circunstancias del caso, no resulta de aplicación la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en su STS de 25 de marzo de 2.015 ya la misma excluye de su alcance aquellos supuestos en que se declare la no incorporación de la cláusula por adolecer de oscuridad interna así como de falta de transparencia documental al afirmar que "si carecen de transparencia, no por oscuridad interna sino por insuficiencia de información... y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate...".

Conforme al criterio expuesto de no vinculación y habiéndose declarado en los fundamentos anteriores que la cláusula adolece de falta de transparencia documental y se reputa abusiva desde el momento de celebración del contrato, esta se califica como nula y no vinculará al adherente desde ese preciso momento con los efectos restitutorios por las cantidades indebidamente cobradas desde aquella fecha de acuerdo con lo afirmado en el art. 1.303 del Cc ya que de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto al no existir causa legal que justificara el desplazamiento patrimonial.

Por lo tanto, la entidad demandada deberá restituir a los prestatarios la cantidad resultante de la diferencia entre las cantidades abonadas y las resultantes del nuevo cálculo del préstamo hipotecario desde la fecha de celebración de los contratos más los intereses legales correspondientes.

Existiendo bases para la liquidación de las cantidades en ejecución de sentencia (teniendo en cuenta como bases para su cálculo las previsiones contenidas en la escritura de

préstamo hipotecario en los períodos de activación de la cláusula suelo), la entidad demandada deberá restituir a los prestatarios las cantidades cobradas indebidamente, devengando dichas cantidades el interés legal.

SEXTO: Costas

De acuerdo con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y por ser una estimación de la demanda procede su imposición a la parte demandada.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales D. Alejandro Ruiz de Landa contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por el Procurador de los Tribunales [REDACTED] Y declaro la nulidad de las estipulaciones contenidas en el préstamo hipotecario celebrado con los demandantes que establecen un tipo mínimo de interés / tipo máximo de referencia, condenando a la demanda a eliminar dichas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario suscrito con los demandantes; condeno a la entidad demandada a la devolución a los actores de las cantidades que en concepto de interés han abonado indebidamente y cobrado en exceso, en virtud de la estipulación impugnada, durante el período de vigencia del contrato de préstamo y cuya cantidad que será determinada en ejecución de sentencia sobre la base de recalcular los pagos que hubieses tenido que efectuar el demandante en el caso de que la cláusula declarada nula nunca hubiese existido, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de cada cobro, condenando a la demandada reintegrar a los demandantes lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de interés a amortizar en cada préstamo la cantidad que se determine y a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo y manteniendo lo demás la vigencia del contrato; todo ello con imposición de las costas generadas.

Esta resolución no es firme; contra ella cabe preparar RECURSO DE APELACION, ante este Juzgado en el plazo de VEINTE DIAS a contar desde el siguiente a su notificación, siendo resuelto por la ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS.

Así por ésta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.



E/

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la presente sentencia por el Sr. Juez que la dictó.