

**JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO DOS DE MÁLAGA**  
**PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO Nº 870/12.**

**SENTENCIA nº 116/2013**

En Málaga, a 20 de mayo de 2013.

Vistos por mí, Amanda Cohen Benchetrit, Magistrada-Juez en comisión de servicio del Juzgado de lo Mercantil número dos de los de esta Ciudad y su partido judicial, los autos de juicio ordinario sobre declaración de nulidad de condición general de la contratación y reclamación de cantidad, bajo número 870/12 que se han seguido ante este Juzgado, a instancias de D. Javier Hurtado González y de Dña. Natalia Ramírez Medialdea, representados por la Procuradora Sra. Berbel Cascales y asistidos por el Letrado Sr. Fuentes Abril, frente a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S. A., representada por el Procurador Sr. Carrión Mapelli y asistida por el Letrado Sr. Machado Rubiño, sustituido en el acto de la vista por el Letrado Sr. Rueda Albarracín.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha de 26 de octubre de 2012, por la Procuradora Sra. Berbel Cascales, en la representación que tiene acreditada en autos se presentó **demanda de juicio ordinario sobre declaración de nulidad de condición general de la contratación y reclamación de cantidad** frente a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S. A., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso, solicitaba una sentencia por la que, estimando la demanda, se declarase la nulidad de la estipulación contenida en el apartado 3.3 de la cláusula primera de la escritura de préstamo hipotecario, la cual tiene el siguiente tenor literal “Límite a la variación del tipo de interés aplicable. No obstante lo previsto en los dos apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 5,500%”. Declarada la nulidad pretendida, se pide que se condene a la entidad demandada a la devolución de las cantidades que se han cobrado en exceso en virtud de la condición declarada nula, ascendente a la cantidad de 11.163,86 euros incrementada con las cantidades mensuales que venga abonando de más el demandante fruto de dicha aplicación en las mensualidades que se devenguen hasta el dictado de la sentencia. Asimismo, solicitaba la condena en costas de la entidad demandada.

**SEGUNDO.-** Por decreto de 10 de diciembre de 2012, se admitió a trámite la demanda y se acordó emplazar a la demandada para contestación.

**TERCERO.-** Contestada la demanda en fecha 14 de febrero de 2013, por Decreto de 11 de marzo de 2013, se convocó a ambas partes para la celebración de la audiencia previa el día 16 de mayo de 2013, a las 10.30 horas.

**CUARTO.-** El día señalado se celebró la audiencia con el resultado que obra en autos. Ambas partes se ratificaron en sus escritos de demanda y contestación.

Concedida la palabra para la proposición de prueba, por la parte actora se solicitó la documental.

Por la parte demandada se propuso la documental.

**QUINTO.-** Siendo la prueba documental la única propuesta y admitida y no habiendo sido impugnada, los autos se declararon vistos para sentencia sin necesidad de celebración de vista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 429.8 LEC.

**SEXTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales en cuanto a los plazos para el dictado de la presente resolución.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La parte actora, D. Javier Hurtado González y Dña. Natalia Ramírez Medialdea, solicita por medio de su demanda que se declare la nulidad de la cláusula suelo incorporada al contrato de préstamo hipotecario que tiene suscrito con la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S. A., por tener el carácter de abusiva. Pide, asimismo, que se condene a la entidad financiera a la devolución a los prestatarios de la cantidad de 11.163,86 euros que han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, así como a devolver a los prestatarios todas aquellas cantidades que este vaya pagando de más por la aplicación de la referida cláusula suelo, durante la tramitación de este procedimiento y hasta el dictado de la sentencia. Manifiesta la parte demandante que en el contrato de préstamo hipotecario firmado con la entidad demandada el 25 de julio de 2008 consta inserta una cláusula con un tipo de interés mínimo de referencia al 5,500%, (conocida como cláusula "suelo"), mediante la cual por mucho de baje el tipo de referencia, siempre se aplicará el tipo mínimo del 5,500 %.

Estima la parte actora que nos encontramos ante una condición general de la contratación de carácter abusivo por tratarse de una cláusula no negociada individualmente incorporada de manera generalizada por la entidad bancaria que transgrede el principio de buena fe contractual al ocasionar en perjuicio del cliente un desequilibrio de las obligaciones injustificado y favorable a una sola de las partes (la entidad demandada). Todo ello, según la versión de los hechos que ofrece la parte actora, quien ejercita su acción al amparo de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación y 3, 8, 9, 80, 82, 83, 87 y 89 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, modificada por el Real decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

La parte demandada, la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S. A., se opuso a la demanda presentada de contrario, pidiendo el dictado de una sentencia desestimatoria de la misma, oponiendo, en primer lugar, la excepción de litispendencia, que fue rechazada en

la audiencia previa, y manifestando que ni el establecimiento de la cláusula fue resultado de una imposición, ni ha existido abuso por la entidad bancaria de que no ha establecido unilateralmente la configuración del préstamo de los actores, siendo el resultado de una negociación.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo resulta interesante en el presente procedimiento fijar los hechos que han resultado probados a la vista del material probatorio que consta en autos:

- 1) En fecha 25 de julio de 2008, D. Javier Hurtado González y Dña. Natalia Ramírez Medialdea suscribieron, con el fin de financiar la compraventa del inmueble sito en Calle Héroes de Sosota, número 116 de Málaga, escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S. A., por un importe de 218.000 euros de principal. (documento dos de la demanda).
- 2) En la cláusula primera tres de la escritura se establece que “3.1 Tipo de interés inicial. Desde la fecha de formalización de la presente escritura, el capital del préstamo devengará, día a día, sobre las sumas dispuestas y no reembolsadas, hasta la amortización final del mismo, los intereses que a continuación se indican los cuales serán variables con excepción del primer período de interés, en el que se devengarán intereses a un tipo fijo: Hasta el 4 de enero del 2009, se aplicará el tipo de interés nominal del 5.350% anual. 3.2 Variación del Tipo de Interés Inicial. A partir del 4 de enero de 2009, el tipo de interés anual aplicable a las liquidaciones que se produzcan será el resultante de: a) La adición en todo caso de un margen de 0,900 puntos porcentuales al tipo de interés de referencia –tomando como interés de referencia el EURIBOR-”....”3.3 Límite a la variación del tipo de interés aplicable. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 5,500%”
- 3) El tipo de interés resultante de sumar 0.900 puntos al tipo de referencia, ha sido inferior al 5,500 por cien nominal anual en los años de vigencia del préstamo hipotecario, por ello, se ha aplicado el tipo mínimo previsto en la póliza, activándose la cláusula suelo recogida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria (documentos 3 a 57 de la demanda, no impugnados de contrario, por lo que hace prueba plena, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 326 LEC).
- 4) La firma del contrato de préstamo con garantía hipotecaria fue precedida de oferta vinculante de la entidad demandada (documento dos de la demanda).

**TERCERO.-** Previamente a analizar el resultado de la prueba practicada en autos, ha de partirse del cuadro normativo aplicable a los presentes autos, así como de las

principales posturas que se mantienen por los Juzgados de lo Mercantil y las Audiencias cuando ejercitan acciones como la que nos ocupa, tomando como referencia para ello el artículo publicado por Dña. Nuria A. Orellana Cano, “El control de las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores en la jurisprudencia”.

Respecto de la normativa aplicable, en el ámbito comunitario contamos con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la reciente Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

El art. 3 de la Directiva 93/13/CEE define las cláusulas abusivas en los siguientes términos:

*“1. Las 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.*

*2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.*

*El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.*

*El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.*

*3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.”*

Por tanto, se considera que una cláusula no negociada es abusiva cuando causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato.

La Directiva no se aplica a las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas; disposiciones de convenios internacionales donde los Estados miembros o la Comunidad son parte (art. 1.2 Directiva)

La apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual tiene en cuenta: la naturaleza de los bienes o servicios que son objeto del contrato; las circunstancias que concurren en la celebración del contrato; las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa.

En el ordenamiento nacional, nos encontramos con el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (TRLGCU), y la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

El art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) define las condiciones generales de la contratación diciendo:

*“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”.*

La LCGC tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación.

La Exposición de Motivos de la LCGC se refiere a las cláusulas abusivas y contiene una remisión a la Ley General de Consumidores y Usuarios. La referencia a esta Ley debe entenderse al Texto Refundido de la misma de 16 de noviembre de 2007. Señala la Exposición de Motivos de la LCGC:

*“Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.*

*Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.*

*El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.*

*Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual.*

*En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la ley, en concreto en la disp. adic. 1ª Ley 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce. De conformidad con la directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.”*

La regulación de la LGCC ha de ser completada, por tanto, con lo dispuesto en Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (TRLGCU).

El art. 80 TRLGCU establece los siguientes requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente: 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.

Y, en concreto, en el art. 82.1 TRLGCU encontramos la definición de cláusula abusiva. Señala el mencionado precepto:

*“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”*

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

El art. 82.4 TRLCU considera en todo caso cláusulas abusivas las que: vinculen el contrato a la voluntad del empresario; limiten los derechos del consumidor y usuario; determinen la falta de reciprocidad en el contrato; impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. Este precepto es desarrollado por el TRLCU en los arts. 85 a 90.

El art. 8 de la LCGC sanciona con nulidad a las condiciones generales que sean abusivas. Dicho precepto, tras declarar en su apartado 1º que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, en su apartado 2º, declara nulas en particular, las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, remitiéndose a la normativa de consumidores y usuarios (en la dicción literal, al art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y tras el RDLeg. 1/2007, habrá que entender por tales las enumeradas en los arts. 85 a 90 TRLGCU, a los que nos hemos referido en el apartado anterior)

El art. 10 LCGC regula los efectos de la declaración de no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o de nulidad de las mismas, previendo que las mismas no determinarán la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo (arts. 1281 a 1289 CC).

Respecto de la postura de los Tribunales, existen dos posiciones encontradas. Por un lado, la de aquellos Juzgados que estiman que la cláusula suelo es nula, en tanto que condición general de la contratación de carácter abusivo, por lo que condenan a la entidad a eliminar la cláusula del contrato y a devolver al prestatario las cantidades cobradas de más por aplicación de dicha cláusula, entendiendo que la cláusula en cuestión no afecta a un elemento esencial del contrato (en este sentido, Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 y del Juzgado de lo Mercantil de León de 11

de marzo de 2011).

Y, por otro lado, las sentencias que estiman que este tipo de cláusula no beneficia exclusivamente a la entidad financiera y, por tanto, consideran que no es nula por abusiva (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 9 de Madrid de 12 de septiembre de 2011).

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha tenido recientemente ocasión de pronunciarse sobre el tema que nos ocupa en su sentencia 241/2013, de fecha 9 de mayo, concluyendo en dicha resolución, esencialmente, que:

“108. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (en este sentido SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apartado 25; 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartado 25; 4 junio 2009, Pannon GSM C-243/08 apartado 22; 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 apartado 29; 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 apartado 27; 9 noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing , C-137/08 apartado 46; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, C-453/10, apartado 27; 26 abril de 2012, Invitel, C-472/10, apartado 33; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 39; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt C-472/11, apartado 19; 14 de marzo de 2013, Aziz VS. Caixa d’Estalvis de Catalunya C-415/11, apartado 44; y 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C 92/11, apartado 41).

109. Por esta razón y con el fin de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone que “[l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”. Lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando

en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (en este sentido las ya citadas SSTJUE de 26 octubre 2006, Mostaza Claro, apartado 36; 4 junio 2009, Pannon, apartado 25; 6 octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, apartado 30; 9 noviembre 2010, VB Pénzügyi Lízing , apartado 47; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, apartado 28; 26 abril de 2012, Invitel, apartado 34; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 40; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 20; y 14 marzo 2013, Aziz vs. CatalunyaCaixa, apartado 45)....

147. El artículo 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor “[s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”.

148. La exégesis de la norma transcrita impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que, como afirma el Ministerio Fiscal, la norma no exige que la condición se incorpore “a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos”.

149. Más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción “[a] los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate” -lo que fue interpretado por la STS de 20 de noviembre de 1996, RC 3930/1992, en el sentido de que “[s]e le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva”. En definitiva, la



norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a “todos los contratos” que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas “no negociadas individualmente”.

150. Es cierto que, como apunta la citada STS 406/2012, de 18 de junio, debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, pero también lo es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactadas, sean condiciones generales -sometidas a la LCGC- o particulares –no sujetas a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente. Como de forma gráfica describe el Ministerio Fiscal, existe imposición cuando, elegido un determinado contrato, “[...] *nada ni nadie evita al cliente la inserción de la cláusula suelo y techo*”.

151. Esta “imposición del contenido” del contrato no puede identificarse con la “imposición del contrato” en el sentido de “obligar a contratar”. Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.

152. Máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un “cliente cautivo” por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con “sus” bancos que minoran su capacidad real de elección...

165. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que:

a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger

entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

166. Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que *“comporta en la actualidad un auténtico “modo de contratar”, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico”*. De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que *“la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad”*...

175. ... la STS 75/2011, de 2 de marzo, RC 33/2003, declara que la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general.

176. Así lo dispone el artículo 2.2 de la propia OM, según el cual *“lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación”*. Sería, afirma la expresada STS

75/2011, de 2 de marzo, *“una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor”*.

177. En el ámbito nacional la Exposición de Motivos de la LCGC advierte que del ámbito objetivo de aplicación de la norma se excluyen ciertos contratos, de tal forma que *“[t]ampoco se extiende la Ley -siguiendo el criterio de la Directiva- a aquellos contratos en los que las condiciones generales ya vengán determinadas [...] por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria para los contratantes. Conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva, todos estos supuestos de exclusión deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de cláusulas abusivas regulados en la Ley 26/1984, que ahora se modifica”*, pero cuando no se trata de contratos excluidos no dispone que determinadas condiciones dejan de serlo por razón de su contenido...

189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.

190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial...

191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo...

196. De lo expuesto cabe concluir:

a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato

y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone...

...200. En consecuencia, la primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles...

... 209. Como hemos indicado, las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos.

210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que *“[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”*. Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”.

211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información

suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

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

213. En definitiva, como afirma el IC 2000, *“[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa”*.

214. En este sentido la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, ya citada, apartado 49, con referencia a una cláusula que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente *“[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]”*....

... 223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas –generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo –recordemos que el BE indica que *“estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas”*-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor...

... 233. El análisis de las normas transcritas (artículo 8.1 LCGC, artículo 8.2 LCGC y artículo 3.1 de la Directiva 93/ 13) permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor –en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario-...

... 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....

.... 274. Como hemos indicado las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato –de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados-. También hemos indicado que no cabe identificar “objeto principal” con “elemento esencial” y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas es determinante de que no forme “parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa”. Más aún, las propias imponentes han escindido su tratamiento.

275. Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las cláusulas suelo no

comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia...

... 276. Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones:

a) Procede condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas en la forma y modo en la que se utilizan.

b) Igualmente procede condenar a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan.

c) Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas...

... 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”.

**CUARTO.-** Dicho lo anterior, centradas así las posiciones de las partes y efectuado el relato de hechos en el fundamento jurídico segundo, debe tenerse en cuenta que, en todo caso, corresponde a la parte actora la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, y a la parte demandada los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de aquellos, según el criterio general de carga de la prueba establecido en el art. 217.2 y 3 de la nueva L.E.C.

Por la parte actora se ha de acreditar que la cláusula suelo incorporada por la entidad demandada al préstamo con garantía hipotecaria suscrito tiene el carácter de condición general de contratación, reuniendo los requisitos de imposición, predisposición y utilización en una pluralidad de contratos. Debe demostrar, además, que es una cláusula abusiva, como fundamento de su pretensión de declaración de nulidad.

La parte demandada, por su parte, debe acreditar que ha habido negociación de la cláusula y información sobre el modo en que opera la cláusula en la vida del contrato, debiendo tener presente, sobre este punto que la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de octubre de 1.999 , indica que a quien afirme que una cláusula se ha negociado individualmente le corresponde la asunción plena de la carga de la prueba, doctrina recogida en el apartado segundo del artículo 82.2 LGDCU que dispone que “El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la



carga de la prueba”.

Empezando por esta última cuestión, de la prueba practicada, consistente exclusivamente en la documental presentada por ambas partes juntos con sus escritos de demanda y contestación, se concluye que por parte de la entidad bancaria no se acredita la realidad de la negociación, disponiendo tan sólo en autos del préstamo efectivamente firmado. La entidad bancaria podría haber traído a juicio a quien realmente negoció con los actores, a los efectos de acreditar si hubo o no negociación de la cláusula, o podía haber propuesto el interrogatorio de estos, cosa que no hizo, por lo que esta insuficiencia de la actividad probatoria desplegada por la parte demandada, sólo a ella puede perjudicarle, estimando esta Juzgadora que al cliente únicamente se le ofreció el préstamo que firmó con el tipo de interés objeto de la presente impugnación.

**QUINTO.-** Dicho esto, partiendo de la base de ese escenario, en el cual la entidad bancaria no acredita una negociación en la que se ofrecen varios tipos de intereses variables al cliente, sino que el cliente acudió a su sucursal bancaria de confianza en solicitud de un préstamo, y se le ofreció el finalmente firmado (documento nº 2 de la demanda) con la condición que nos ocupa, sin mayor alternativa, lo que, debe entenderse, sería habitual en los distintos préstamos hipotecarios que la parte demandada ofrecía entonces a sus clientes, se concluye que la cláusula tiene encaje en el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, “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”. No es óbice para alcanzar dicha conclusión el que el Banco demandado haya aportado diversas escrituras en las que se insertan diferentes cláusulas suelo, pues en todo caso, se evidencia que dichas cláusulas, con independencia del porcentaje que se fijase en cada supuesto para la cláusula suelo, estaban llamadas a ser aplicadas a una pluralidad de contratos. Y, tampoco indica que haya habido negociación con el cliente para la inclusión de la cláusula en cuestión al contrato.

En segundo lugar, y por lo que respecta a la naturaleza de los límites contratados, la cláusula suelo, como indica el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013, forma parte del objeto principal del contrato, en tanto que contribuyen a definir el precio. Sin embargo, ello, como expresamente indica el Tribunal Supremo, no excluye el control de la misma, en cuanto a la información que se facilita, en el doble aspecto de transparencia y claridad, entendiendo que la cláusula será nula, por abusiva, cuando no se haya explicado por la entidad bancaria al cliente, en tanto que consumidor, el comportamiento previsible del índice de referencia, al menos, a corto plazo y lo que supondrá para él la presencia de dicha cláusula en el contrato, desde el punto de vista económico.

Y en esta línea debe entrar en juego el artículo 8.2 LCGC "serán nulas las Condiciones Generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, aquellas que no cumplan los requisitos que relaciona el art. 10 LGDCU 1984 (concreción, claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes etc.), y, en todo caso las definidas en el artículo 10 bis ) y Disposición Adicional primera LGDCU ". Remisión esta última, que debe entenderse referida, al texto de noviembre de 2.007.

Para considerar la cláusula como abusiva, se ha de analizar la concurrencia de dos presupuestos: 1º Un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato; y, 2º Ser contraria a las exigencias de la buena fe.

Y, efectivamente, nos encontramos ante un supuesto que presenta las notas jurisprudencialmente exigidas.

El desequilibrio de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato, debe ponerse en relación con el mandato del artículo 82.3 de Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias, y la especialidad del sector financiero en el que opera la demandada. Así, a la entidad demandada se le presupone un conocimiento preciso de las previsiones de evolución futura de los tipos de interés, que debió traducirse en una obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente. Recuérdese, en todo caso, el especial deber de información que debe adornar la contratación bancaria y la actuación de las entidades financieras en general, en el sentido de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, por la especial complejidad del sector financiero y la contratación en masa, pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación. Establecer, por ello, una cláusula como la estudiada evidencia una falta de buena fe, por parte de la entidad bancaria, al asegurarse un beneficio, conociendo que el perjuicio (la superación del límite máximo) sólo tiene una posibilidad ínfima de concurrir. De esta forma, puede concluirse que nos encontramos ante una condición general de contratación, pacto accesorio del contrato, con carácter de cláusula abusiva.

Al respecto, y sobre hechos similares se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1º de fecha 19 de junio de 2.012 (La Ley 94569/2012), la sentencia del mismo Tribunal de fecha 23 de mayo de 2.012 (La Ley 66643/2012), que señala que "no existe proporción entre los límites de interés. La entidad financiera se protege frente a una sustancial bajada de los tipos de interés". Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos dictada el 23 de marzo de 2.012 (La Ley 37450/2012).

No se ha acreditado por la entidad demandada que haya informado perfectamente a su cliente 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.

**SEXTO.-** Debe, en definitiva, estimarse la demanda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 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 este extremo se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de junio de 2.012, respondiendo a una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en 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 ni modificada ni reparada, y se elimina del contrato, conservando el resto; sin contradicción con el artículo 83.2 del citado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias; el cual no puede permitir una integración en beneficio del predisponente (a quien se le ha atribuido mala fe para definir aquella como abusiva), dado que precisamente, tal integración debe operarse sobre el principio de la buena fe objetiva. Por todo ello, el préstamo hipotecario mantiene su vigencia, con eliminación de la cláusula, pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de tipo variable contenida.

Por último, como consecuencia de la nulidad declarada deben restituirse las prestaciones derivadas de la nulidad de la cláusula (artículo 1.303 Cciv), consecuencia lógica de la declaración de nulidad, sin que sean de aplicación en este punto y al presente caso, las conclusiones que se alcanzan en la Sentencia del Tribunal Supremo citada de 9 de mayo de 2013, que declara la irretroactividad de la sentencia, invocando el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 CE, por el riesgo que para el sistema económico español pudiera suponer esa declaración de la obligación de restituir las prestaciones.

En el caso de autos, declarada la nulidad, deben estimarse las demás acciones ejercitadas en orden a devolver todas las cantidades cobradas en aplicación del tipo mínimo por encima del interés variable más el diferencial fijado, extremos que se determinarán en ejecución de sentencia, sobre la base fijada, con encaje en el artículo 219 LEC.

**SÉPTIMO.-** Respecto de las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC, que recoge el principio objetivo del vencimiento, deben imponerse a la parte demandada, al haberse estimado íntegramente la demanda.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

## **FALLO**

Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Berbel Cascales, en nombre y representación de D. Javier Hurtado González y Dña. Natalia Ramírez Medialdea frente a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S. A., representada por el Procurador Sr. Carrión Mapelli, y en consecuencia:

1º Debo declarar y declaro la nulidad de la estipulación contenida en el apartado 3.3 de la cláusula primera de la escritura de préstamo hipotecario, la cual tiene el siguiente tenor literal “Límite a la variación del tipo de interés aplicable. No obstante lo previsto en los

dos apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 5,500%”.

2º Debo condenar y condeno a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S. A., a la devolución a los prestatarios de la cantidad de ONCE MIL CIENTO SESENTA Y TRES EUROS CON OCHENTA Y SEIS (11.163,86 euros) que han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con los intereses previstos en el artículo 576 LEC, desde la fecha de la presente resolución.

3º Debo condenar y condeno a la entidad demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S. A., a devolver a los prestatarios todas aquellas cantidades que estos vayan pagando de más por la aplicación de la referida cláusula suelo, durante la tramitación de este procedimiento, hasta el dictado de la presente sentencia. A los efectos del artículo 219 LEC, dicha cantidad vendrá constituida por la diferencia entre el interés que hubiera procedido abonar, según el contrato, si no hubiera existido dicha cláusula suelo, es decir, EURIBOR más 0,900 puntos y el efectivamente abonado, es decir, el mínimo fijado como suelo (5,500 %), aplicándose el EURIBOR vigente al tiempo de revisión de la cuota.

4º Todo ello, con imposición de las costas del presente procedimiento a la parte demandada condenada.

Esta Sentencia no es firme y contra la misma cabe RECURSO DE APELACIÓN, que habrá de interponerse, en su caso, en el plazo de veinte días ante este Juzgado, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución y que será resuelto por la Il.ª Audiencia Provincial de Málaga.

Para la admisión del recurso deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso seguido del código 02 y tipo concreto del recurso, de conformidad con lo establecido en la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición adicional decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Así por esta mi Sentencia, de la que se deducirá testimonio para su unión a los autos, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, y por la Magistrada-Juez en comisión de servicios que la dicta, hallándose celebrando Audiencia Pública con mi asistencia, de lo que doy fe.