

Procedimiento Ordinario

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 5 DE VALDEMORO

DON _____, Procurador de los Tribunales, actuando en representación de _____ según se acredita mediante escritura de poder que se acompaña, con la asistencia de la letrada del ICAM D. _____), ante el juzgado comparece y respetuosamente, como mejor proceda en derecho, dice:

Que esta parte ha sido emplazada en el **procedimiento ordinario nº** _____ / de acuerdo al Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia de fecha 26.10.2015, por el que se acuerda dar traslado de la demanda y documentos presentados **POR**

_____ contra mi representada.

Por medio del presente escrito venimos a **CONTESTAR LA DEMANDA** y ello en base a los siguientes hechos y fundamentos jurídicos.

HECHOS

PREVIO.- FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE ALGUNOS DE LOS DEMANDANTES.

Se niegan todos los hechos expuestos en la demanda a excepción de los que se vean aceptados en la presente contestación

Versa la demanda interpuesta contra mi representado, sobre la nulidad de diversas cláusulas que constan en la escritura de préstamo hipotecario concedido a la Sociedad _____ S.L.

Presenta la parte demandante como documento nº 2 adjunto a su escrito rector, la escritura de préstamo de fecha 13.06.2006, firmada con

En efecto, la escritura de préstamo se celebró únicamente con la mercantil _____ S.L., representada por _____, ambas con carácter de Administradoras mancomunadas.

No fue celebrada con

, a quienes mi representada desconoce a salvo de los datos que constan en el poder para pleitos adjuntos a la demanda, siendo que es autónomo de la Construcción.

No acredita la parte demandante, la legitimación activa de las personas físicas no representantes de la mercantil prestataria.

PRIMERO.- DE LA FALTA DE CONSIDERACIÓN DE CONSUMIDOR DE LA PRESTATARIA: PROMOTORA-

Profusamente invoca el escrito presentado de adverso, alegando la aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios a quien firmó el préstamo en cuestión, a lo cual esta parte se opone al no tener la mercantil el carácter de consumidor que le haga acreedor de la aplicación de la pretendida nulidad de las cláusulas en cuestión.

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, norma, en la que se sustenta la demanda, determina su ámbito de aplicación que queda limitado conforme a su artículo 2:

<Ámbito de aplicación.

Está norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios.>

Los siguientes artículos definen y diferencian la figura del consumidor y la del empresario: (en su redacción anterior a la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias:

<Artículo 3

*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, **son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.>***

Artículo

4

*A efectos de lo dispuesto en esta norma, **se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.>***

Respecto de estas cuestiones merece traerse el trabajo de Antonio Cabanillas Sánchez: <El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios>

<El artículo 1.2 de la derogada LGDCU dispone que "a los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden". Pero según el artículo 1.3 de la LGDCU, "no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

*Al delimitar su ámbito subjetivo de aplicación, LGDCU se centra en el carácter de destinatario final del bien, producto o servicio. **El concepto de destinatario final se refiere al consumidor final, no pudiendo considerarse destinatario final al que adquiere bienes o servicios para revenderlos o cederlos en propiedad o uso a terceros.** El consumidor adquiere los bienes o servicios con la finalidad de satisfacer sus necesidades personales, familiares o domésticas. El carácter privado del destino de los bienes y servicios, adquiridos o utilizados para fines no profesionales, es lo que determina el concepto de destinatario final. **El consumidor es una persona que adquiere bienes o servicios para consumirlos o usarlos, pero no para comerciar con ellos.***

Junto a la nota de destinatario final, la LGDCU establece otra para delimitar el concepto de consumidor. No son consumidores aquellos que integran los bienes o servicios en un proceso de producción. No obstante, la integración en un proceso de producción debe ser a su vez matizada. Piénsese en aquel que adquiere una máquina de coser para su casa, en el que adquiere abono para una huerta de su casa o lana para hacer jerseys para sus hijos. En estos casos la adquisición de la máquina, el abono o la lana se realiza para su utilización en un proceso de transformación o producción, pero éste se limita al ámbito familiar. El artículo 1.3 de la LGDCU no se refiere a los procesos de producción o transformación que quedan en el ámbito privado.

*Esta configuración de la noción de consumidor es acogida reiteradamente por nuestra jurisprudencia, de la que es fiel reflejo la **STS de 15 de diciembre de 2005 (RJ 1223)**, que seguramente es la última que se ha publicado con anterioridad a la promulgación del TRLGDCU. En esta sentencia se muestra con amplitud la doctrina de nuestro TS sobre la noción de consumidor en relación con la derogada LGDCU. Concretamente se afirma que el artículo 1, apartados 2 y 3, de la Ley 26, de 1984, de 19 de julio, **delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta, esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito***

personal, familiar o doméstico (como dispone el artículo 3.3 de la Ley 5/1985, de 8 de julio, de los Consumidores y Usuarios de Andalucía). No a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (Sentencias de 18 de junio de 1999, RJ 4478, 16 de octubre de 2000, RJ 9906, 28 de febrero de 2002, RJ 2102, 29 de diciembre de 2003, RJ 357, y 21 de septiembre de 2004, RJ 5576). A la luz de esta doctrina, el empresario demandado, que adquirió la electricidad para consumo industrial, esto es, para incorporarla a la explotación de su negocio (como alegó la demandante, para el alumbrado, la calefacción, el acondicionador de aire frío del local, la conservación y transformación de alimentos y el enfriamiento de bebidas) con posibilidad de repercutir el precio del suministro sobre el aplicado a sus clientes, no tiene la condición de consumidor a los efectos de la Ley 26/1984.

La LGDCU habla de destinatarios finales, mientras que el TRLGDCU, en lugar de referirse a los destinatarios finales, menciona a los sujetos que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esta nueva expresión coincide al pie de la letra con los textos de Derecho comunitario y con nuestra Ley de Crédito al Consumo, pero **sustancialmente no difiere de la anterior. Existe coincidencia entre la condición de destinatario final y la del que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, o dicho de otro modo, al consumo privado, de carácter personal, familiar o doméstico. Así lo ha puesto de relieve nuestra doctrina tanto antes como después de la promulgación del TRLGDCU. **Como observa A. BERCOVITZ, tanto la LGDCU, al referirse al destinatario final, como la noción utilizada habitualmente en la Directivas comunitarias, delimitan con criterios convergentes lo que es un consumidor en sentido estricto. Aunque hay que reconocer que el criterio utilizado en las Directivas es más sencillo a efectos de su aplicación práctica. La única diferencia fundamental radica en que mientras las Directivas consideran como consumidores solamente a las personas físicas, nuestro legislador incluye en la noción de consumidor también a las personas jurídicas.>****

Obviamente el préstamo hipotecario fue negociado entre profesionales.
(documento nº 2 adjunto con la demanda)

El **objeto social de la entidad promotora,** S.L según también se recoge en la escritura de poder es la siguiente:
“ Constituye su objeto; la compra, venta, permuta, adquisición por cualquier medio, y realización de toda clase de operaciones, incluso arrendamientos y la

Construcción e cualquiera inmuebles rústicos y urbanos, edificios e instalaciones de toda clase, ya sea por medios propios o ajenos, así como la promoción inmobiliaria en cualquiera de sus manifestaciones”

SEGUNDO. DE LAS CONDICIONES DEL PRESTAMO.

2.1. INTERESES ORDINARIOS.

Solicita la parte demandante la nulidad de la cláusula que contiene los intereses ordinarios del préstamo, sin indicar en qué consiste la abusividad o vicio en el consentimiento que pueda acarrear tal sanción.

Se pactó que en el primer semestre de duración del contrato de préstamo al PROMOTOR se devengaría un interés nominal anual de tres enteros con sesenta y dos centésimas por ciento. (3,62%) calculado sobre el capital dispuesto. Durante el resto del período de carencia se estableció que el tipo de referencia Euribor a un año se incrementaría con el 0,40 puntos.

La nulidad de tal cláusula, sería como pretender que el préstamo fuera gratuito.

2.2. TERCERA BIS. INTERES VARIABLE.

Efectivamente la parte demandante recoge en su escrito de demanda las condiciones del crédito otorgado, pero obviamente no menciona cuestiones relevantes que determinan la inequívoca claridad, transparencia y comprensibilidad de la cláusula cuya nulidad ahora se pretende, cual es la Soicitud de Operación de Activo firmada el 7 de junio de 2006, cuya copia se adjunta firmada por las Administradoras Mancomunadas y que se adjunta como **documento nº 1-**

La cláusula en cuestión reza:

En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,50 POR CIENTO ni inferior al CERO POR CIENTO en período de carencia ni podrá ser SUPERIOR AL 12,50 por ciento ni inferior 3,50 POR CIENTO durante el período de amortización.

Con todo lo expuesto es difícil comprender que, al tiempo de la contratación no se conociese ni observase la existencia de la cláusula cuya nulidad se pretende; ni se comprendiera la misma y sus consecuencias.

En definitiva **NO CABE NINGUNA COMPARACIÓN ENTRE LA CLAUSULA OBJETO DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO Y LAS ANALIZADAS POR LA SENTENCIA DEL TS, APLICABLES SÓLO A LOS CONSUMIDORES,** toda

vez que las cláusulas declaradas nulas – QUE NO ILICITAS – tenían la siguiente redacción:

- **Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA.**
“3. bis. 3. Límites a la variación del tipo de interés. *En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al **2'50 %**, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al **15 % nominal anual.**”*

- **Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra**
*“1. El tipo de interés nominal anual vigente en cada período, que en ningún caso podrá exceder del **DIEZ (10%)** ni ser inferior al **DOS COMA SETENTA Y CINCO (2'75%)**, se determinará sumando el "margen" que seguidamente se indica al "tipo de referencia" que corresponda al período.
Con sujeción siempre a los límites máximo y mínimo a la variación del tipo de interés aplicable establecidos en el párrafo precedente, convenidos conjunta e inseparablemente por la CAJA y el PRESTATARIO, el margen a sumar al "tipo de referencia" en cada período será de **UNO COMA CINCUENTA (1'50)** puntos porcentuales. No obstante, este margen será de **CERO COMA CINCUENTA (0'50)** puntos porcentuales si (i) el PRESTATARIO contrata y mantiene, en los términos previstos en la letra a) del número 1 de la cláusula QUINTA, un Seguro Multirriesgo Hogar Continente distribuido por la CAJA; y (ii) durante todo el período de tiempo comprendido entre el inicio del período de interés anterior y el día uno del último mes del mismo, ambos inclusive, concurren en el PRESTATARIO, o en todos los PRESTATARIOS de ser éstos varios, al menos cuatro (4) de las siguientes circunstancias[...].”*

- **Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito**
*“No obstante lo anterior, se establece que en las revisiones el tipo de interés nominal aplicable no será superior al **15,000** por cien anual, salvo que resulte de aplicar por penalización por demora, ni inferior al **3,250** por cien nominal anual [...].”*

Se observa que tales cláusulas anuladas por el Tribunal Supremo difieren en demasía con la contenida en el préstamo otorgado por mi representada y cuya nulidad ahora se pretende de contrario; de tal suerte que no cabe comparación al respecto por tratarse de supuestos radicalmente distintos tanto en lo referente a la transparencia y claridad de la cláusula, como respecto del proceso de contratación, puesto que además la contratación se efectuó con la PROMOTORA.

2.3 DE LAS BONIFICACIONES.

No obstante, no entenderse la pretendida nulidad de las bonificaciones, puesto que no se argumenta el sentido de desequilibrio, nulidad por vicio del consentimiento u otro, lo cierto es que el pacto sobre las bonificaciones lo ha sido en beneficio de la parte prestataria.

Si con su nulidad, pretende la nulidad del límite a la baja, no acredita en qué repercutió o perjudicó dicho límite que nuevamente es claro y transparente al establecerse de la siguiente forma:

“No obstante los intereses convenidos en las cláusulas precedente, la Entidad prestamista bonificará, el interés nominal aplicable al adquirente en cada período de revisión de intereses.

En todo caso, el tipo de interés nominal anual mínimo a cargo del prestatario no será inferior al establecido como tal en la cláusula precedente.”

2.4. INTERES DE DEMORA.

No puede entenderse que el interés de demora pactado pueda ser calificado de abusivo o usurario, tal como se alega, puesto que con independencia de si cabe calificar o no como abusivos los intereses moratorios dada su naturaleza de penalización por el incumplimiento, y que tienen su origen en la voluntad de las partes, el carácter abusivo o no de los intereses solo puede calificarse en función de la fecha en que se reclaman, sino en el momento en que se firmó el contrato de préstamo, y por lo tanto no cabe entender, tal como se alega, que dichos intereses puedan considerarse abusivos.

La disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, de 14 de mayo 2013,) , de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, relativa a los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre **vivienda habitual**, reestructuración de deuda y alquiler social, establece que en los procedimientos **de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de la Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial**, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria , párrafo introducido precisamente por la citada Ley 1/2013) , es decir, sobre la base de que no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago, ni pueden ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por tanto, los intereses de demora establecidos en el tipo de interés nominal que se devengue incrementado en el seis por ciento, en ningún modo podrá ser

entendido como abusivo al haberse redactado en el año 2004, atendiendo a las circunstancias de caso.

2.5 CAUSA DE RESOLUCIÓN ANTICIPADA.

Ya el TS en la sentencia del 16 de diciembre del 2009, Roj: STS 8466/2009, Nº de Recurso: 2114/2005 , Nº de Resolución: 792/2009 ; Ponente: JESUS EUGENIO CORBAL FERNANDEZ, indicó:

" La resolución recurrida razona con acierto en el sentido de que, además de que de la cláusula se deduce que únicamente se encuentra orientada al incumplimiento del **consumidor**, la misma resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento , pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, **teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida.**

La argumentación anterior, resulta de aplicación a la presente litis y además resulta conforme con la doctrina jurisprudencial más reciente - SS. 9 de marzo de 2.001 , 4 de julio y 12 de diciembre de 2.008 -, que solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concorra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes.

En el presente supuesto, está claro que la que permanece vigente es la referida al pago de las cuotas pendientes de amortización, y que resultaría incumplimiento esencial, puesto que el importe al préstamo promotor se ha destinado a la construcción de las viviendas, sin que quepa lugar a dudas, al haberse efectuado incluso la inscripción de la responsabilidad hipotecaria a cada uno de los inmuebles terminados tal y como se acredita con el **documento adjunto nº 2 .-**

TERCERA.- DE LA PRETENDIDA NULIDAD DE LAS CLAUSULAS POR ABUSIVAS EN GENERAL.

De contrario se solicita la nulidad de la cláusula de limitación a la fluctuación en interés variable, e interés de demora por entender que la misma resulta abusiva, al suponer un desequilibrio entre las obligaciones de las partes; falta de reciprocidad ésta en la que basan la declaración de nulidad.

Ante tales alegaciones hemos de manifestar que, en el caso que nos ocupa, no concurre ninguno de los requisitos que deben darse para que pueda calificarse como tal. Así, respeta las exigencias de buena fe y no es cierto que cause un desequilibrio de las prestaciones.

A este respecto se ha manifestado entre otras la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3ª, en su Sentencia de 2 de febrero de 2012, cuando al desestimar el recurso interpuesto por el prestatario, expone que:

“Tercero. El planteamiento que hace la parte apelante, por lo demás común en esta clase de acciones, sobre la falta de reciprocidad de las cláusulas suelo es engañoso. [...]. Se pretende hacer del mecanismo de subida y bajada del tipo de interés una obligación de carácter bilateral y recíproca de forma que el derecho del Banco a variar el tipo de interés tendría como contrapartida el derecho del cliente a rebajarlo, y se pretende además que dichas facultades se ejerciten de forma equilibrada y justa, lo que es propio de las obligaciones sinalagmáticas.

No parece sin embargo que la naturaleza del contrato de préstamo autorice a pensar de esta manera. El contrato de préstamo es un contrato real que se perfecciona por la entrega del dinero del prestatario al prestamista, y a partir de entonces la obligación fundamental, que es la devolución del principal y de la remuneración pactada, es una obligación del prestatario. Por lo tanto es al prestamista al que incumbe el derecho a determinar las condiciones en las que se va a producir la devolución, y también cual va ser el coste o el precio del préstamo. Dentro del derecho a la fijación del precio, que es el interés, está la determinación de si se pagará un interés fijo o variable, pudiendo establecerse límites a la variación, ya sea en forma de cláusulas suelo para asegurarse un determinado rendimiento, ya sea en forma de cláusulas techo para hacer más atractivo el producto. La cláusula suelo, como las que fijan un techo al tipo de interés, forman parte del precio, que es elemento esencial del contrato, y cuya determinación corresponde al prestamista porque es el que tiene el derecho a recibirlo [...].

Esto es lo que señala la AP de Sevilla Sección 5ª, Sentencia de 7 Oct. 2011 que revoca la del Juzgado de Primera Instancia cuando dice: [...]

“Cuando la LCU se refiere a la falta de reciprocidad en el contrato, está aludiendo a una reciprocidad obligacional, es decir, a aquella propia de los contratos bilaterales en los que a la obligación de una de las partes se corresponde otra obligación del otro contratante. El contrato de préstamo es un contrato real y unilateral en cuanto que perfeccionado por la entrega del dinero por el prestamista, sólo el prestatario asume obligaciones, que son la de devolver el dinero y pagar los intereses convenidos en el tiempo y plazos estipulados.

Cuando el prestatario acepta que el precio de esa contraprestación sea variable, está aceptando la mutabilidad al alza y a la baja que vaya produciéndose durante la vida del contrato. La introducción de límites a la variabilidad de los tipos que reduzca el riesgo de la contingencia de las subidas y bajadas, no es un pacto que se corresponda con ninguna otra contraprestación de la entidad prestamista, cuya única obligación en el contrato de préstamo, insistimos, es la de entregar al prestatario el dinero. A partir de ahí ninguna otra obligación tiene con éste. El pacto de limitación de la variabilidad es un medio de control del riesgo, constituyendo uno de los elementos configuradores del precio del contrato, junto con el interés referencial y el diferencial, con la finalidad de establecer una retribución mínima del capital entregado y, en su caso, la máxima que habría de satisfacer el prestatario Y el pago del precio es la recíproca contraprestación a la prestación de la entrega del dinero por parte del prestamista".

Por ello es clara la imposibilidad de calificar la cláusula como abusiva, basándose en la existencia de desequilibrio y máxime siendo la cláusula clara, transparente y habiendo sido el actor debidamente informado al respecto.

En segundo lugar, tampoco puede imputarse actuación contraria a las exigencias de la buena fe a quien, cumpliendo con todas las prescripciones legales aplicables en la materia (en especial sobre transparencia bancaria), como mi mandante, ha prestado siempre suficiente información a aquellos con quienes contrataba y ha redactado la cláusula de forma clara y comprensible, conociendo LA PROMOTORA sobradamente las implicaciones y efectos que tendría en el desarrollo razonable del contrato y en sus obligaciones de pago y del precio.

A estos hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I, II y III.- COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL, PROCEDIMIENTO, CUANTÍA Y LEGITIMACIÓN

Se acepta la competencia de este Juzgado, objetiva y territorial, el procedimiento elegido, el ordinario, la cuantía y excepción de la legitimación de las personas físicas reseñadas, por cuanto no acreditan interés legítimo y no actúan en representación de la mercantil con la que se contrató el préstamo

hipotecario.

IV.- ACCIÓN.-

4.1. Carencia de la cualidad de Consumidor

Primeramente, hemos de referir carencia de la cualidad de consumidor de la mercantil prestataria como se ha señalado con anterioridad, y ello en consonancia con las sentencias que se exponen seguidamente:

- **Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) Sentencia núm. 201/2015 de 22 mayo. JUR 2015\164678**

*Así, tras la reforma de la legislación tuitiva de Consumidores y Usuarios a través del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias («BOE» núm. 287, de 30 de noviembre), que por tanto no se hallaba vigente al tiempo de la celebración de los contratos litigiosos, ni es de aplicación a los mismos, en su redacción originaria, el art. 3 establecía que « A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son **consumidores** o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional ».*

*Hasta la entrada en vigor de esta última norma, el art. 1, apdos. 2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906) , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios («BOE» núm. 176, de 24 de julio) prevenía que: « 2. A los efectos de esta Ley, son **consumidores** o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. / 3. **No tendrán la consideración de consumidores** o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. ».*

En consecuencia, y atendida la dicción del precepto legal vigente en el momento de la celebración de los contratos litigiosos, abstracción hecha de la posibilidad de predicar las calidades de consumidor o de «usuario» a cualesquiera personas, tanto «físicas» cuanto

«jurídicas», condición esta última que concurre en la entidad demandante, se ha de atender a cuál fuera la actuación desenvuelta en el caso concreto, y con este objeto lo relevante no es siquiera que desarrollase un comportamiento «propio» o «ajeno» a «una actividad empresarial o profesional», sino al hecho de que la entidad demandante fuera «destinataria final» de la operación realizada o que, por el contrario, realizase la misma en el seno de integrarla «... en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

[...]Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera mas restrictiva haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a las propias necesidades del consumo privado de un individuo" (SSTJ CE de 17 de marzo 1998 , 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de "destinatario final" antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con "el consumo familiar o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" (SSTS 18 de julio de 1999 , 16 de octubre de 2000, nº 992, 2000 , y 15 de diciembre de 2005 , nº 963, 2005)[...]

- **Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª)**

Sentencia núm. 246/2015 de 9 julio. AC 2015\1271

Esta misma Sala, en [sentencia de 14 de octubre de 2014 \(JUR 2015, 8061\)](#) (ponente Sr. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ), ya declaró en relación con el concepto de consumidor:

" El concepto de consumidor en la normativa vigente en España, a los efectos que ahora ocupan, se encuentra recogida en el [art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre \(RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372\)](#) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias . Allí se expresa que "a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión". El precepto fue reformado parcialmente por la Ley 3/2014 de 7 de marzo , que incluyó en su ámbito a las personas jurídicas, con la siguiente mención: "son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

El precepto supuso una modificación de la definición tradicional contenida en la derogada [Ley 26/1984, de 19 de julio \(RCL 1984, 1906\)](#) , General para la Defensa de los Consumidores y

Usuarios, cuyo art. 1.2 hacía descansar la noción en el elemento positivo de que el consumidor había de ser el destinatario final del producto o servicio adquirido. De esta manera se adaptaba la legislación española al concepto utilizado en las normas comunitarias, principalmente la [Directiva 93/13 \(LCEur 1993, 1071\)](#) (también en otras, como las [Directivas 85/577 \(LCEur 1985, 1350\)](#) sobre ventas fuera de establecimientos mercantiles, la [97/7 \(LCEur 1997, 1493\)](#) sobre contratos a distancia, o la [99/44 \(LCEur 1999, 1654\)](#) sobre ventas de consumo), que consideraban como consumidor a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad empresarial.

La diferencia entre el concepto comunitario y el asumido por el vigente Texto Refundido, de un lado, y el empleado por la legislación previgente (y mantenido todavía en algún texto internacional, como el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980), resulta evidente, al despojarse la definición del elemento finalista referido a la consideración del consumidor como destinatario final del producto o servicio objeto del contrato. Las normas internacionales sobre unificación del Derecho privado en proyecto contienen definiciones similares a la recogida en nuestro Derecho positivo vigente.

Con todo, como reconoce la sentencia y asumen los litigantes, la interpretación del concepto no está exenta de dificultades y de incertidumbres, como refleja el estudio de la jurisprudencia, nacional y comunitaria, y las aportaciones doctrinales que se han ocupado del tema.

Por de pronto, es bien cierto que la jurisprudencia del TJUE, recaída en interpretación del mismo concepto utilizado en otras normas comunitarias, utiliza un criterio de interpretación que puede calificarse como restrictivo, del que es paradigma la sentencia dictada en el caso Gruber (C-464/01, de [20 de enero de 2005 \(TJCE 2005, 24\)](#)) o también la sentencia recaída en el asunto Di Pinto, de 14.3.1991, la de 17.3.1998 (asunto Dietzinger) o la sentencia Benincasa, de [3.7.1997 \(TJCE 1997, 142\)](#) , en las que expresamente se hizo mención a la utilización de un criterio restrictivo en la inteligencia del término, en referencia a la exigencia de que el acto se dirigiera a la satisfacción de las necesidades personales o familiares del comerciante, para que éste pudiera considerarse como consumidor, o a la exigencia de que los bienes adquiridos hubieran de destinarse al consumo privado.

Además, debe hacerse notar que la Exposición de Motivos del vigente Texto Refundido sigue haciendo referencia al elemento del destino final de los bienes y servicios, cuando expresa en su apartado III que "el consumidor o usuario definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una

actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros".

Es de plena aplicación lo resuelto mediante la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia 446/2013 de 29 Nov. 2013, Rec. 517/2013:**

PRIMERO.- *Es objeto de recurso la sentencia de primera instancia dictada por el juzgado de lo mercantil, que desestimó la acción de nulidad ejercitada por la representación procesal de Portas y Acuña Inmobiliaria, S.L. en relación con la cláusula suelo incorporada al contrato de préstamo hipotecario concertado con la demandada, Banco Popular, S.L.*

La sentencia ahora recurrida partió del presupuesto fundamental de declarar como hecho probado que la entidad actora no ostentaba la condición de consumidor a efectos de la aplicación de la normativa sectorial sobre control de cláusulas abusivas y seguidamente da respuesta a las numerosas cuestiones planteadas en el escrito de demanda y contestación.

En esencia, tras un largo exordio sobre la evolución jurisprudencial de la teoría del control de las cláusulas contractuales en contratos de adhesión y sometidos a condiciones generales, la sentencia afirma que la cláusula en cuestión reúne la condición de tratarse de una condición general de la contratación, sujeta por tanto a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LA LEY 1490/1998), 7/1998, de 13 de abril (LCG, en adelante), conclusión que obtiene tras la valoración del material probatorio aportado al proceso, singularmente de la declaración del testigo Sr. Jesús Carlos, director de la sucursal de la entidad bancaria en la que se celebró el contrato. A continuación, la sentencia examina desde un punto de vista teórico la cuestión relativa al control de las condiciones generales en relación con el objeto principal del contrato, con continuas referencias a la conocida sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 de la que, en el fundamento jurídico sexto, afirma que su doctrina resulta inaplicable al caso, en la medida en que el control reforzado de transparencia se limita a los contratos concertados con consumidores. Finalmente, el fundamento jurídico séptimo analiza las alegaciones de las partes en relación con la posible nulidad de la cláusula en cuestión y sostiene: a) que la cláusula suelo no es un elemento esencial del contrato, aunque forme parte del objeto principal del mismo; b) que el art. 1256 del Código Civil (LA LEY 1/1889) (invocado por el demandante como fundamento de la pretensión) deviene inaplicable precisamente por tal circunstancia; y c) insiste en que el control de contenido sobre

abusividad sólo es predicable de contratos concertados con consumidores.

Sobre la base de todo lo anterior, la sentencia, siguiendo una línea de argumentación circular, vuelve a concluir que el control de contenido no es aplicable a contratos entre empresarios.

El recurso de apelación formulado por la demandante reproduce en buena medida los mismos argumentos expuestos en la demanda inicial. El recurso se inicia con una argumentación en la que la parte combate el razonamiento de la sentencia relativo a la inaplicabilidad con carácter general de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS sobre las cláusulas suelo, reconduciendo la cuestión al análisis del control de incorporación de la cláusula, (cuestión que, ciertamente, quedó inédita en la argumentación de la resolución recurrida, más allá de las imprecisas referencias generales contenidas en sus fundamentos jurídicos cuarto y sexto); seguidamente, el núcleo de la argumentación del recurrente se desarrolla en un segundo epígrafe que se subdivide en cuatro apartados, dedicados respectivamente a: a) la nulidad de la cláusula por vulneración de los arts. 1256 (LA LEY 1/1889) , 1266 (LA LEY 1/1889) y 1269 del Código Civil (LA LEY 1/1889) ; b) nulidad de la cláusula por infracción de la buena fe contractual; c) nulidad de la cláusula por desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes; y d) nulidad de la cláusula por abuso de posición dominante.

La parte recurrida se opone a la estimación del recurso, solicitando la íntegra confirmación de la sentencia de primera instancia.

La Sala considera que el recurso se ha de ver desestimado, por las razones que exponemos a continuación.

SEGUNDO.- El control de incorporación, de transparencia y de contenido en contratos con condiciones generales.

Como es bien sabido, desde los años setenta del pasado siglo se fue abriendo paso en Europa el control del contenido de los contratos en los que la libertad de los contratantes se veía menoscabada por la inclusión de contenidos abusivos por la parte más fuerte de la relación jurídica, especialmente en contratos de adhesión, consustanciales al proceso de estandarización contractual consecuencia del tráfico jurídico en masa de bienes y servicios.

Tal forma de legislar suponía una quiebra con los postulados del Derecho contractual plasmado en los textos de la época codificadora, reflejo de la mentalidad liberal que los inspiró, por lo que la tarea de implantar formas de control sobre el resultado de la autonomía negocial no resultaba sencilla. Se trataba, en general, de operar sobre dos ámbitos: la información suministrada al adherente y en establecer la ineficacia de las estipulaciones abusivas. En el contexto de la entonces Comunidad Económica Europea se tomó conciencia de que la publicación de normas divergentes en los Estados miembros comprometía los efectos del mercado único, al representar

claramente un obstáculo para su desarrollo, por lo que resultaba imperativo la unificación normativa. En este estado de cosas se publicó la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 15 de abril (LA LEY 4573/1993) (la Directiva, en adelante) cuyo inicial propósito, -quizás superado por recientes interpretaciones jurisprudenciales-, era el de aproximar las legislaciones sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. A tal fin, en su art. 3, la Directiva define como "abusivas" las cláusulas contractuales no negociadas individualmente "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 deriven del contrato", añadiendo en su apartado 2 que "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". Nos parece también que es compartido por la comunidad jurídica que la Directiva, siguiendo el precedente marcado por las legislaciones italiana y alemana, introdujo un control de inclusión y un control de contenido. El primero (art. 5) alude a la claridad y comprensibilidad de la cláusula, estableciendo que en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor. El control de contenido, por su parte, (arts. 2, 3, 4 y 6) afecta a la validez intrínseca de la cláusula, definiendo su carácter abusivo, y se añade que podrán tener tal carácter las cláusulas contenidas en su anexo, que actúa a modo de "lista gris", permitiendo que los Estados introduzcan "listas negras" de cláusulas abusivas.

La opción seguida por el legislador español a la hora de transponer la Directiva fue doble, promulgándose una ley de condiciones generales de la contratación (LA LEY 1490/1998) y, al propio tiempo, intensificándose el control mediante la introducción de unas normas específicas sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, modificando en su Disposición Adicional Primera la entonces vigente Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ello ha obligado en nuestro ordenamiento a **diferenciar entre condición general de contratación y cláusula abusiva**, tal como propone la Exposición de Motivos de la LCG (LA LEY 1490/1998).

En el marco de este último texto legal ha de distinguirse, prima facie, de forma paralela a lo establecido en la Directiva, entre un control de incorporación y un control de contenido:

a) el control de incorporación actúa en la fase de perfección del contrato, buscando garantizar la correcta formación de la voluntad contractual por el adherente, por lo que incide en la formación del consentimiento; el control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si ésta puede o no incorporarse válidamente en el contrato (arts. 5 (LA LEY 1490/1998) y 7 LCG (LA LEY 1490/1998): información, transparencia, claridad, concreción y sencillez; regla contra proferentem; nulidad de las

cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles); sobre este control de incorporación se superpone un control adicional de transparencia, pero solo en relación con los contratos con condiciones generales concertados con consumidores (arts. 80 (LA LEY 11922/2007) y 81 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 (LA LEY 11922/2007) y otras leyes complementarias , TR en adelante).

b) el control de contenido afecta al significado de cada estipulación contractual de un contrato correctamente formado. De conformidad con lo dispuesto en el art. 8 LCG (LA LEY 1490/1998), " 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio (LA LEY 1734/1984), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", hoy 82 y ss. del TR.

En su consecuencia, la técnica del control de contenido fuerza a una tarea de depuración del contrato que comienza por eliminar la cláusula abusiva, y que continúa con la exigencia de una labor judicial activa de integración del contenido contractual, como alternativa a la inviabilidad del contrato, si aquella no pudiera llevarse a cabo. De la misma forma, el TJUE ha declarado, tras la sentencia BANESTO, que se opone al Derecho comunitario la norma nacional que faculta al juez a moderar el contenido de la cláusula declarada abusiva; el efecto del control ha de ser la expulsión pura y simple de la cláusula en cuestión (vid, sentencia BANESTO, TJUE 14 de junio de 2012 -Asunto C-618/10 - (LA LEY 70591/2012), que afirma: " El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LA LEY 11922/2007) y otras leyes complementarias , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva) .

Por tanto, y al margen de las críticas doctrinales o de consideraciones de lege ferenda , en el ordenamiento español vigente las técnicas de control de contenido por abusividad de las cláusulas se limitan a los contratos en los que intervenga un consumidor. Debe precisarse, en este sentido, que " consumidor ", a efectos de la normativa interna y a diferencia de la Directiva,

lo son las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Por tanto, sería posible utilizar la técnica del control de contenido por abusividad en los casos de relaciones entre profesionales cuando los adherentes adquieran bienes que no se relacionen directamente con su proceso productivo o con el giro o tráfico de su actividad. De este modo, si el sujeto actúa en " función empresarial ", por reducido que pueda ser su ámbito frente al predisponente, quedaría fuera de la protección legal. Es esto lo que, como se verá, sucede en el presente caso.

Existen otras diferencias conceptuales entre el control de inclusión y el control de contenido que resultan de interés en el supuesto sometido a enjuiciamiento, como las partes han subrayado en sus escritos de alegaciones:

a) el control de contenido, en línea de principio, no afecta, en el sistema de la Directiva, (art. 4.2) 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 (vid. STS 18.6.2012). Ello sin perjuicio de que en sectores concretos de la contratación o incluso con carácter general, una legislación nacional pueda extender el control de contenido a estos casos, al tratarse de una directiva de mínimos. (vid. STJUE 3.6.2010). Las cláusulas suelo, en afirmación de la STS 9.5.2013 , forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, por lo que definen el objeto principal del contrato. Por tanto, como regla general, no son susceptibles de control de contenido, aunque sí pueden someterse al " doble control de transparencia " que describe el fundamento jurídico undécimo de la sentencia mencionada.

b) sin embargo, el control de incorporación o de transparencia tiene sentido precisamente respecto de estos elementos esenciales, principales o básicos del contrato. Sobre esto se pronuncia extensamente, se repite, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS de 9 de mayo de 2013 (párrafos 205-215).

En consecuencia, el control de incorporación o inclusión afecta a todo tipo de contratos con condiciones generales, no sólo a aquéllos en los que intervengan consumidores; el control de transparencia afecta a los contratos con consumidores, y ambos pueden afectar a las cláusulas que definen elementos esenciales del contrato; y el control de contenido no puede afectar a los elementos esenciales del contrato y desde la perspectiva del análisis de la abusividad de las cláusulas solo resulta aplicable a contratos en los que intervengan consumidores, tengan o no condiciones generales.

TERCERO.- Es hecho consentido que la actora **no ostenta la condición de consumidora**, por lo que no le es de aplicación la normativa especial de protección de los consumidores y usuarios, en

particular el Texto Refundido. Esta afirmación, en línea con lo razonado en el fundamento anterior, permite avanzar dos conclusiones:

a) que el control de incorporación en su primer grado resulta plenamente aplicable; no así lo que el TS ha denominado "control de transparencia", limitado a los contratos con consumidores;

b) que el control de contenido no puede extenderse a los supuestos de abusividad de las cláusulas contractuales previsto en la legislación especial de consumidores y usuarios. Por tanto este control debe detenerse en el análisis, dentro del ámbito del art. 8.1 LCG (LA LEY 1490/1998), de la posible vulneración por la cláusula en cuestión de leyes imperativas o prohibitivas.

También es hecho consentido que se está en presencia de una condición general de la contratación, como asumen ambas partes en valoración que el Tribunal comparte.

Estos son los parámetros que enmarcan el ámbito del enjuiciamiento en el caso concreto. Debemos precisar, además, que el recurso de apelación limita considerablemente el objeto del proceso con relación al que lo fue durante la primera instancia, pues la motivación se dirige exclusivamente a argumentar que la cláusula suelo incorporada al contrato de préstamo hipotecario no supera los estándares del control de contenido, dejando de lado toda la argumentación relativa al control de incorporación.

Lo anterior resulta de interés para dar respuesta a los argumentos contenidos en el primer motivo del recurso de apelación. No se trata de determinar si la doctrina sentada en la sentencia del Pleno del TS es aplicable o no a los contratos formalizados entre predisponentes y adherentes profesionales, no consumidores. **Nos parece incuestionable que la ratio decidendi de dicha resolución se sustenta, como se desprende con toda claridad de sus razonamientos, en la consideración del adherente como consumidor.** La sentencia estimó el recurso de casación porque las cláusulas enjuiciadas no superaron el control de transparencia de las condiciones generales en contratos con consumidores. Otra cosa será que la sentencia, bien con el carácter de obiter dicta, bien como elementos explicativos o accesorios de los fundamentos de la decisión, contenga referencias generales al control de las condiciones generales de los contratos, al margen de la condición de los sujetos de la relación jurídica. Se trata de una circunstancia de hecho determinante de la aplicación de la doctrina sentada por el TS en la repetida sentencia, se insiste, aunque determinadas afirmaciones sobre el control de incorporación puedan resultar aplicables con carácter general. En todo caso el argumento nos resulta irrelevante para resolver el caso concreto sometido a enjuiciamiento, pues como se ha dicho, el recurso se centra en defender la tesis de que la cláusula impugnada no resiste el control de contenido. En este sentido, el recurso utiliza una argumentación

retórica que no asumimos.

CUARTO.- El control de contenido de la cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre la entidad prestamista y un empresario persona jurídica.

La cláusula objeto del litigio figura incluida en el apartado 3 bajo la mención en negrita de "intereses" del primer apartado de las cláusulas financieras del contrato. Tras establecer un tipo de interés inicial fijo del 5% anual desde la firma del contrato el 13.8.2009 hasta el día 4.7.2010, se pacta a partir de ese instante un tipo de interés variable consistente en aplicar al EURIBOR a un año un diferencial de 1,50 puntos porcentuales. En el apartado 3.3., con la mención en negrita de "límite a la variación del tipo de interés aplicable" se pactó lo siguiente: "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 cinco por ciento (5%)".

Una cláusula como la que se acaba de transcribir, en sí misma considerada, no constituye una cláusula nula en la medida en que no infringe ninguna norma imperativa o prohibitiva. Ni siquiera es preciso que la cláusula suelo lleve acompañada una cláusula techo (vid. párrafos 255 y ss. STS 9 de mayo de 2013).

Otra cosa será que en las concretas circunstancias la cláusula se haya ocultado al contratante y, en consecuencia, no supere el control de incorporación o que en su contenido, en atención al conjunto de circunstancias concurrentes pueda vulnerar norma imperativa. Pero, como dijimos más arriba, al afectar la cláusula suelo a un elemento esencial del contrato no queda sujeta al control de contenido, aunque pudiera quedar sometida al control de transparencia en los contratos celebrados con consumidores.

Ello sería suficiente para rechazar los motivos de impugnación, pero en la medida en que éstos no resultan precisos y confunden las diferentes técnicas de control, optamos por dar respuesta separada a cada uno de ellos, siguiendo el orden que propone el recurrente:

A) Vulneración de los arts. 1256, 1266 y 1279.

Bajo esta mención sostiene el recurrente que la cláusula en cuestión supone que uno de los contratantes queda facultado para fijar de modo unilateral la vida del contrato. El motivo discurre en el plano teórico, sin referencia concreta al supuesto sometido a enjuiciamiento.

Si bien se miran las cosas, como sucede a lo largo de todo el recurso, el argumento confunde las dos técnicas de control de las condiciones generales, y a la vez introduce mecanismos de control propios de las cláusulas abusivas en contratos de consumidores.

Efectivamente, se trata de un principio básico del derecho de contratos el que prohíbe el arbitrio unilateral, pero no se ve qué conexión presenta tal prohibición con la cláusula suelo, una vez aceptado que ésta plasma un acuerdo de voluntades sobre un

elementos esencial del contrato. El contenido del contrato, en su objeto principal y en un elemento complementario en la determinación del interés, establece que la regla general del índice de referencia no puede ser inferior al 5%; no se deja al predisponente la determinación a su arbitrio de cuál sea ese límite mínimo del tipo, sino que se fija de forma clara y terminante, por lo que la norma invocada no se vulnera.

La invocación de la existencia de error, con cita del art. 1266 y la existencia de dolo, con cita del art. 1269, ambos del Código Civil suponen argumentos nuevos, no contenidos en la demanda, lo que implica la vulneración del principio general del art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) , por lo que no pueden ser tomados en consideración.

B) Nulidad por vulneración de la buena fe.

El recurrente, reproduciendo la argumentación de la demanda, fundamenta genéricamente el motivo en la invocación de la EM de la LCG (LA LEY 1490/1998), y en los arts. 57 del Código de Comercio (LA LEY 1/1885) , 7.1 y 1258 del Código Civil , así como en invocaciones genéricas al Derecho comparado y a los Principios del Derecho europeo de contratos.

La buena fe objetiva constituye un modelo abstracto, un estándar de conducta leal en el tráfico jurídico, que precisa de un ulterior desarrollo concreto que precise las consecuencias implícitas y explícitas de la norma contractual. El precepto ha sido desarrollado en la normativa específica de protección de los consumidores, que venimos repitiendo no resulta aplicable para resolver el caso sometido a enjuiciamiento.

Pero aun admitiendo la buena fe como principio general del Derecho de contratos, determinante de la ineficacia de una cláusula contractual que no la respete, lo que habrá que concretarse es en qué medida la estipulación en cuestión resulta contraria a aquél estándar jurídico, argumentación que no contiene el motivo, más allá de consideraciones generales sobre la lealtad contractual. Tampoco el argumento, que introduce ex novo el recurso, sobre la " dependencia económica " nos resulta convincente, tanto más cuanto que ninguna norma positiva lo contempla como circunstancia atenuante de la literalidad de los efectos de la regla contractual. La desigualdad entre las partes es intrínseca al contrato con condiciones generales y en la medida en que afecte a un consumidor, la legislación intensifica el control de contenido, fuera por tanto del ámbito del presente litigio. Repetimos una vez más que la cláusula suelo en sí misma no es contraria a la buena fe, tal como ha apreciado el TS, en línea, por ejemplo, con lo sostenido por el informe del Banco de España, remitido al Senado el 27.4.2010.

C) Desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

El argumento es reiteración de los anteriores y merece, por tanto, la misma respuesta. Una cláusula como la que ocupa no supone por sí

misma una estipulación que cause un desequilibrio económico, afirmación que no puede realizarse aisladamente, sino en consideración a todo el contenido contractual y a la causa misma del contrato. El razonamiento que apoya el motivo peca una vez más de falta de concreción a las circunstancias del caso, perdiéndose en invocaciones genéricas apropiadas si el contrato hubiera sido concertado por un consumidor, pero inanes si de lo que se trata es de realizar el control de contenido de un contrato entre empresarios. La cláusula suelo objetiviza, contrariamente a lo que sostiene la parte, el coste financiero del préstamo, que se convierte en préstamo con interés fijo si se cumple la condición, afectando a un elemento esencial del contrato. También hemos señalado anteriormente que, tal como afirma la STS de 6 de mayo de 2013, la cláusula suelo por sí misma no puede entenderse como una estipulación que cause desequilibrio económico a las partes del contrato, ni siquiera en los casos en los que no vaya acompañada de cláusulas techo. Lo que debería argumentarse en el caso concreto es en qué medida el banco se garantiza unos ingresos mínimos, al margen de la coyuntura del mercado, que resultan desproporcionados con el resto de estipulaciones del contrato en relación con la finalidad a que normalmente dicha estipulación atiende (recuperación de costes de producción y mantenimiento del rendimiento mínimo de las operaciones). Téngase en cuenta, además, que la OM de 5 de mayo de 1994 no resulta aplicable al supuesto enjuiciado.

D) Nulidad por abuso de posición dominante.

La queja se fundamenta en la cita de la Exposición de Motivos de la LCG (LA LEY 1490/1998) que, como es bien sabido, -tal como acierta a razonar la sentencia recurrida-, carece de valor normativo autónomo.

En la medida en que el motivo se limita a exponer una construcción doctrinal, sin el menor soporte en hechos concretos, la Sala no encuentra razones para rebatir un razonamiento que carece de consecuencias prácticas.

Se desestiman todos los motivos del recurso.

La íntegra desestimación del recurso determina la imposición al apelante de las costas procesales devengadas.

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación presentado por la representación procesal de PORTAS Y ACUÑA INMOBILIARIA, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra, dictada en autos de juicio ordinario 255/2012, resolución que confirmamos íntegramente con imposición al apelante de las costas devengadas en esta alzada y pérdida del depósito constituido.”

Por otra parte, invoca implícitamente la demandante la acción de nulidad del art. 8 y 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en relación con el art. 1303 del CC, entre otros.

Sin embargo no acredita cuál es el vicio del consentimiento o el error padecido en la contratación.

No obstante, hemos de referirnos a la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que analiza la nulidad de las cláusulas suelo:

4.1.- Contenido de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.-

Parte el Tribunal Supremo de que las llamadas cláusulas suelo constituyen condición general de la contratación por el proceso seguido para su inclusión en el contrato, independientemente que se refiera al objeto principal (§144)

Se trata de cláusulas impuestas cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido (§16), pero **la imposición de condiciones generales por el empresario al consumidor no comporta automáticamente su ilicitud** (§166)

La existencia de una regulación sectorial del sector bancario no es óbice para aplicar la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) (§178). Sin embargo y por esta vía del art 7 LCGC, al ser la cláusula suelo una condición general que se refiere al objeto principal del contrato, cabe el control sobre su transparencia, pero no cabe el control sobre su equilibrio (§196)

El control de transparencia exige la oportunidad real de conocer la cláusula al tiempo de la celebración del contrato y que conocida, no resulte ilegible, ambigua, oscura e incomprensible (§200)

La existencia de una normativa sectorial muy exigente hace que pueda concluirse que las condiciones generales sobre cláusulas suelo cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores, a tenor del art. 7 LCGC (§203 y 209)

A partir de ese epígrafe se analiza por la sentencia el control de transparencia en contratos celebrados con consumidores. (§204)

El control exige que la **redacción sea clara y comprensible** (§207)

El art 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de

Consumidores y Usuarios, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLUCU) exige que el consumidor pueda apreciar:

- que la cláusula es parte del objeto principal del contrato
- que tiene incidencia en su obligación de pago
- conocer razonablemente cómo puede jugar en la economía del contrato

-

A partir de ese párrafo el Tribunal analiza las cláusulas concretas objeto de ese litigio y concluye que esas cláusulas no son transparentes por (§225):

- 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.

De conformidad con el art. 82.1 TRLUCU este tipo de cláusulas son abusivas si son contrarias a la buena fe y causan un perjuicio al consumidor por ser la causa de un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato (§232)

En este sentido rechaza la sentencia (contra el criterio del Ministerio Fiscal) la abusividad de cláusulas perjudiciales para el empresario o profesional (§233)

Distingue también la sentencia, supuestos como el que trata, acciones colectivas de cesación, de los casos en los que se analiza un contrato concreto, en el que el juez debe tener en cuenta *“todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuanto menos a corto y medio plazo.”* (§237)

Expresamente menciona la sentencia que al tratarse de acción colectiva, no

incide en su valoración el que el consumidor se subroga en la posición que antes ocupaba un profesional, ni el hecho de que no sea aplicable en todo los supuestos la Orden Ministerial Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. (§239)

Declara finalmente que **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. (§256)

En una brillante aplicación de dicho criterio del Tribunal Supremo, la **Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, en Sentencia de 13 Ene. 2014, resolvió en un asunto similar al enjuiciado en el presente procedimiento, declarando la validez de la cláusula suelo en el siguiente sentido:**

[...] Para resolver la cuestión que aquí se plantea, resulta evidente que debemos partir de la postura jurisprudencial recogida en la sentencia de 9 de mayo de 2013 del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que permite superar en gran medida el debate de las cuestiones planteadas, en atención a su origen plenaria, que según doctrina de nuestro Alto Tribunal supone la existencia de jurisprudencia, complementando el ordenamiento jurídico (artículo 1.6 del C. Civil) y vinculando, por lo tanto, a los demás tribunales.

*El caso analizado por el Tribunal Supremo no es idéntico, [...] pero coincide en que la cláusula aparece incluida en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria que se define por el Tribunal Supremo: " Los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, **son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables**. En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente el EURIBOR a un año); y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia" y para "limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, **pueden estipularse limitaciones al alza -las denominadas cláusulas techo- y a la baja -las llamadas cláusulas suelo-, que***

operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario ".

El Tribunal Supremo es rotundo al afirma que " las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial ", frente a lo que mantiene la parte actora, circunstancia que no elimina la posibilidad de control si su contenido es abusivo, pero limitándolo a los casos en que la redacción de estas cláusulas no sea clara o comprensible: "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".

*[...] **El Tribunal Supremo resuelve qué debemos entender por "desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe"**, para decir que ni el art. 3 de la Directiva comunitaria ni la norma española contienen " especiales precisiones de que qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales -su incorporación a pluralidad contratos con consumidores- y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva", para concluir que "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.*

[...] 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".

Partiendo del criterio del Tribunal Supremo que reconoce la validez de las cláusulas suelo y techo y que corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero, al concluir la sentencia dictada en primera instancia que en el caso ahora examinado el Banco cumplió sus obligaciones de comunicar a su cliente, de forma clara y comprensible, los términos del contrato en que se iba a subrogar,

debemos estimar el recurso y declarar la validez de la cláusula suelo [...].

Como indica el Tribunal Supremo, **solo es posible entrar a valorar el equilibrio de las cláusulas suelo cuando carecen de claridad** y, en estos casos, deberá atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto [...].

QUINTO: Este Tribunal de apelación considera que el art. 6 de la Ley 1/2013 incluido en el capítulo II sobre medidas de mejora del mercado inmobiliario no ha modificado o alterado el criterio del Tribunal Supremo. [...]

Lo fundamental, como también lo es para el Tribunal Supremo, es que la cláusula sea clara y transparente y que el deudor conozca los riesgos que asume [...].

Por último, destacar que **el Tribunal Supremo aclara, precisamente para evitar equívocos, 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 " y, finalmente que "una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad -este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, **la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor", de tal forma que " las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible " y en el caso ahora examinado, como indica la sentencia recurrida, la cláusula suelo no sólo cumple estos requisitos de claridad y fácil comprensión, sino que además se percibe como un**

elemento relevante al objeto principal del contrato y viene recogida en el único párrafo donde se pactan los intereses remuneratorios del préstamo, con una redacción sencilla, comprensible y breve (solo seis renglones)”.

4.2.- Sobre la irretroactividad de una eventual declaración de nulidad y la improcedencia de la devolución de las cantidades.

La pretensión accesoria de devolución de cantidades abonadas en concepto de interés, acumulada a la acción individual de nulidad de un estipulación contenida en una condición general de un contrato de préstamo, es una llamada a formulación de reclamaciones por parte de consumidores de los contratos de préstamo con esta cláusula, debiendo resolverse con el mismo criterio, que según expresa el propio Tribunal Supremo, constituiría un riesgo para el orden socioeconómico.

Ha de tenerse también presente el principio que tiene rasgo constitucional (art. 9 CE) y que es señalado por la propia STS que ya había tomado en consideración para no aplicar la retroactividad en supuestos de efectos consumados no expresamente recogidos en nuestra legislación. Así al STS . 118/2012, de 13 de marzo, que se cita en la sentencia TS 241/2013, dictada en procedimiento seguido por la Unión de Consumidores de Pontevedra contra Canal Satélite Digital y DTS Distribuidor de TV Digital, canales de pago, que imponía el arrendamiento de una terminal digital para poder acceder a los canales de pago, ofrecidos por las demandadas dice:

“[...] No obstante, la “restitutio” no opera con el automatismo que le atribuye la recurrente. Antes bien, el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula que contienen los artículos identificados en los dos motivos y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no se otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra. Sentencias 485/2000, de 16 de mayo y 541/2008, de 23 de junio y que ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad. Por tanto pese a la constancia de que la atribución no tuvo causa, la condena a restituir dependerá de que se haya producido el enriquecimiento.

Pues bien, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1.6 del CC. Le atribuye y atendiendo a que indudablemente el mismo efecto de aplicación retroactiva de las acciones colectivas se puede obtener con la suma de la totalidad de acciones individuales ejercitadas, se han pronunciado ya algunos tribunales aceptando el criterio del Alto Tribunal como por ejemplo la sentencia **de la Sección Vigésimo octava de la AP de Madrid de fecha 13 de julio de 2013** , las de **20 de junio y 2 de octubre de 2013 de la Sección Primera de AP de Cáceres**, la de **17 de mayo de 2013 de la Sección Quinta de la AP de Cádiz** entre otras. Por ello, la eficacia informadora del ordenamiento jurídico que la jurisprudencia del TS tiene y la exigencia de la seguridad

jurídica derivada de la CE , hace que deba de obtenerse un pronunciamiento negativo en torno a la devolución de cantidad alguna.

La STS de 9 de mayo de 2013 se pronuncia al respecto en el siguiente sentido:

"[...]82. Como apunta el Ministerio Fiscal, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos las existentes, cuando estas se han utilizado en el pasado.

*283. Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil EDL 1889/1, a cuyo tenor "(d)eclarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".*

284. Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009 EDJ 2012/66882, " (...) de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".

285. Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que "(l)a decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)".

286. También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, ya que, como afirma la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58 EDJ 2013/26923 "(...) según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 2 de febrero de 1988, Blaizot y otros, 24/86, Rec. p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2006, Skov y Bilka, C-402/03, Rec. p. I-199, apartado 50 EDJ 2006/117; de 18 de enero de 2007, Brzeziński, C-313/05, Rec. p. I-513, apartado 55 EDJ 2007/3469, y de 7 de julio de 2011, Nisipeanu,

C-263/10, apartado 32 EDJ 2011/128177)".

2.3. La posibilidad de limitar la retroactividad

287. No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE EDL 1978/3879)-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos EDL 1992/17271, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que "(l) as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes"

288. Singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados (en este sentido, artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad EDL 1986/9781; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley EDL 2001/44999 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial).

289. También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio EDJ 1994/5405, 281/1995 de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre EDJ 1995/6355, 22/1996 de 12 febrero EDJ 1996/309 y 38/2011 de 28 marzo EDJ 2011/32895.

290. En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que "(l)a eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley".

291. También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que "(l)a "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 EDJ 2012/66882).

292. Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo DE 2013, RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59 EDJ 2013/26923, dispone que "(...) puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que

los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50 [EDJ 2010/78261](#), y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C-263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59 [EDJ 2012/165871](#)).

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

La hipotética declaración de nulidad de la cláusula suelo en ningún caso podría comportar la condena a mí representada a la devolución de las cantidades que se hubieren cobrado a la fecha de la Sentencia como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo.

Como ha dejado sentado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad ha de ser limitada en casos como el presente, en el que se interesa la nulidad de una cláusula suelo lícita, incluida en el contrato por razones objetivas, usualmente tolerada durante largo tiempo en el mercado y por los actores y con una finalidad específica.

Al tratarse de una declaración del TS en sentencia dictada en Plenario, con necesarios efectos doctrinales vinculantes, reproducimos a continuación y en lo que interesa el hilo argumental de la misma:

"[...] 2.3. La posibilidad de limitar la retroactividad.

287. No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

288. Singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados (en este sentido, artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial).

289. También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio,, 281/1995 de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre, 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo.

290. En la misma línea se manifestó la justificación la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que "la eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley".

291. **También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que "la "restitutio" no opera con un automatismo absoluto,** ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad"(STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009).

292. Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo DE 2013 , RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59, dispone que"[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves [...].

2.4. La irretroactividad de la sentencia .

293. En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que:

a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

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

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las

cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) *La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.*

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

2.4. Conclusiones.

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

Este criterio establecido por el Tribunal Supremo se ha seguido, entre muchas otras, en las siguientes Sentencias que acuerdan la irretroactividad aun tratándose de acciones individuales, pudiendo citar entre ellas las de de SAP Cáceres 24-02-2014, SAP Burgos de 28-01-2014 , SAP Badajoz de 14 de enero de 2014 , SAP Zaragoza, 8 de enero de 2014 , SAP Córdoba de 31 de octubre de 2013 , SAP Granada de 18 de octubre de 2013 , SAP Madrid de 28 de julio de 2013 , SAP Cádiz de 17 de mayo de 2013.

Es de resaltar la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 31 de marzo de 2014**, cuando manifiesta, en contra de lo pretendido de contrario, que la nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia no hace desplegar todos sus efectos el art. 1.303 del CC y en consecuencia no procede la retroactividad al momento de la perfección del contrato pues:

“[...] No se trata de restituir el estado de las cosas a la situación primitiva, sino de expulsar la cláusula del contrato y tenerla por no puesta, que es lo que ordena tanto el art. 83 del texto refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios, como el art. 6 de la Directiva 93/13 CEE, de forma que en estos casos la regla de la retroactividad deberá ser modulada en atención a la estructura de la eficacia contractual ya desplegada”.

Esta corriente jurisprudencial, que no podemos catalogar *ex novo* al amparo de la ya tan reiterada Sentencia del Supremo, se basa en la distinción de dos tipos

de nulidades: funcional y estructural, operando esta última por el incumplimiento de los requisitos que configuran el negocio jurídico, ya en la nulidad de pleno derecho – falta de requisito de forma ad solemnitatem, falta absoluta de consentimiento, falta de objeto o ilicitud de la causa – ya en la anulabilidad – vicios del consentimiento, etc. - La nulidad funcional que resulta del control del contenido y del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación. Dicha doctrina está desarrollada lúcida y exhaustivamente por el profesor/magistrado Sr. Orduña Moreno en su tratado “Control de transparencia y cláusulas suelo”.

Continúa la Sentencia de referencia estableciendo que:

“La declaración de nulidad no comporta en todo caso y al margen del origen o defecto que la motive, el régimen sancionatorio previsto en el art. 1.303CC, sino que la determinación de sus consecuencias debe realizarse atendiendo a la naturaleza jurídica de la relación jurídica que se anula y a la causa que provoca la nulidad, de modo que el castigo se adecue a la tipología del negocio o de la estipulación anulada y las circunstancias que confluieron para decretar su nulidad.

Mientras que en el caso de una nulidad estructural, la finalidad pretendida es devolver las cosas al estado que tenían inmediatamente antes del negocio, tomando como ejemplo el contrato de compraventa, que es el esquema que el legislador tenía en mente al redactar el art. 1303CC, en cambio, en el supuesto de una nulidad funcional, el objetivo no es castigar la existencia de un vicio o defecto estructural del contrato o de algunos de sus elementos en sí mismos considerados, sino depurar o limpiar aquellos aspectos que incumplen las medidas o controles valorativos establecidos para garantizar la corrección de la cláusula y que su inserción en el contenido contractual se realiza de manera transparente y leal.”

Consecuentemente con lo expuesto procede declarar la irretroactividad de los efectos de la nulidad, pretendida de contrario, que no afectará a los pagos ya efectuados a la fecha de interposición de la demanda, en caso de que esta prosperase.

4.3.- Diferencia con el caso que nos ocupa. NO ESTAMOS ANTE UN CONSUMIDOR .-

Efectivamente y como ya hemos avanzado, el supuesto de este procedimiento no coincide con el analizado por las sentencias que se invocan.

En primer lugar porque no se trata de una acción colectiva, y en consecuencia

se debe tener en cuenta **<todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuanto menos a corto y medio plazo.>** (§237)

En segundo lugar porque hay un factor claramente diferenciador, que debe incidir en la valoración, como expresamente recoge la sentencia del Tribunal Supremo, el supuesto en el que **el consumidor se subroga en la posición que antes ocupaba un profesional (§239).**

4.4.- Incidencia de la subrogación del consumidor en la posición que antes ocupaba un profesional.

Nuestra legislación no resulta ajena a este supuesto y así el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas establece que:

“Art. 1.1. El presente Real Decreto es de aplicación a la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas que se efectúe en el marco de una actividad empresarial o profesional, siempre que aquellos actos vayan dirigidos a consumidores conforme a los términos del art. 1 apartados 2º y 3º, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.”

“Art. 6.1. La información será especialmente detallada y clara en cuanto al precio de venta debiéndose tener a disposición del público y de las autoridades competentes una nota explicativa que contendrá los siguientes datos:

1º Precio total de la venta que se entenderá que incluye en su caso, los honorarios de Agente y el IVA, si la venta se halla sujeta a este impuesto. En otro caso se indicará la cuota que corresponda por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

*2º Forma de pago. En el caso de preverse aplazamientos se indicará el **tipo de interés aplicable y las cantidades que corresponderá abonar por principal e intereses y fecha de vencimiento de unos y otros.***

3º Medios de pago admisibles para las cantidades aplazadas.

4º Si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él, con garantía real sobre la propia

vivienda, se indicará con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de ésta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades.

5º Garantías que deberá constituir el comprador por el precio o la parte de él, aplazado.

2. En la nota explicativa se hará constar que del importe total de la venta se deducirá cualquier cantidad entregada a cuenta por el adquirente o por cuenta del adquirente antes de la formalización de la operación.”

La sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección Primera, de 20 de junio de 2.014, es decir posterior a la del Supremo citada, dice en relación con un supuesto en el que el demandante al comprar su vivienda se había subrogado en el préstamo concertado por la promotora vendedora:

*"debe recibir el mismo tratamiento y la misma protección legal que si hubiera concertado el préstamo inicialmente con la entidad de crédito, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 de la Orden, debió recibir información exhaustiva del contenido del contrato en la forma prevista por el Anexo I, y también y de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la Orden, debió recibir la oferta vinculante con el contenido recogido en el Anexo II, todo ello con apoyo en lo señalado para los casos de subrogación en préstamo concedido al Promotor por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España que en su Memoria de 2012, que fijaba el criterio a seguir **en el caso de entidad prestamista compareciente en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación y novación del préstamo, donde puede leerse:** Dado que la modificación de las condiciones del préstamo implica, necesariamente, la existencia de negociaciones previas a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, entre la entidad y la nueva parte prestataria resultante de la subrogación , una actuación diligente de aquella exige que esté en condiciones de acreditar haber informado a su cliente de la totalidad de las condiciones financieras (modificadas o no) de la operación en la que este se subroga . Ello con independencia de las responsabilidades que competen a cada uno de los intervinientes en la compraventa con subrogación de préstamo, todo ello con apoyo en que la propia Orden, y en concreto en su artículo 1 establece que será de aplicación obligatoria a la actividad de las entidades de crédito relacionadas con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria", exigiendo como requisitos de tales préstamos que hayan sido suscritos para compra de vivienda por prestatarios*

personas físicas y por importe inferior a 25 millones de pesetas (importe luego suprimido por la Ley 41/2.007, sin fijar condición alguna como la que pretende la parte apelante. “

Resulta pues claro que en los supuestos de subrogación, EN EL QUE NO COMPARECE MI MANDANTE A LA CORRESPONDIENTE SUBROGACIÓN MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA, corresponde la responsabilidad de transparencia e información al promotor o vendedor cuando se trate de un profesional, como es el caso.

En este sentido se ha pronunciado en Sentencia el Juzgado de lo Mercantil nº 2, Málaga, S 21-4-2014, nº autos 39/2013, Pte: Cohen Benchetrit, Amanda en un supuesto como el presente en que NO EXISTIÓ comparecencia de la Entidad bancaria a la firma de la subrogación.

Pero a lo anterior deben añadirse las prevenciones legales previstas en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y modificación de Préstamos Hipotecarios, a raíz de la cual difícilmente puede predicarse desequilibrio alguno, máxime cuando se trata de subrogaciones en hipotecas concertadas por la mercantil promotora, pues depende de la voluntad del deudor, prestatario, el cambiar la figura del acreedor. Es nuestra propia legislación la que impide el desequilibrio en perjuicio del consumidor en tanto en cuanto faculta a éste a que, sin coste, subrogue en la posición acreedora a otra entidad, pudiendo eliminar de esta forma la cláusula suelo.

4.5.- En conclusión:

Por todo lo expuesto y a la vista de los hechos contenidos en la presente contestación y la documental que los sustenta, **cabe declarar la VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS** cuya nulidad se pretende, **toda vez que NO concurren los requisitos para declarar la misma nula, por abusiva, visto que en todo caso:**

- i.- El contrato de préstamo que contiene la cláusula que se pretende anular fue negociado y suscrito entre profesionales..
- ii.- El promotor o vendedor es quien tiene obligación legal de informar detalladamente a quien compra y posteriormente se subroga en la hipoteca por él concertada
- iii.- Desde el punto de vista del consumidor, no es aplicable a este caso concreto su doctrina y legislación puesto que la PROMOTORA demandante y PRESTATARIA no es consumidor.

iv.- No existe falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, porque la escritura expresamente lo menciona como elemento principal, sobre cada una de las cláusulas que se pretenden nulas.

v.- La cláusula suelo y techo , en este caso concreto, cumple con los debidos requisitos de claridad, transparencia, es fácilmente localizable e inequívoca. Es en sí misma comprensible y está claramente identificada como parte principal del contrato.

vi.- Es radicalmente diferente y no está enmascarada, a diferencia de las analizadas por la sentencia del Tribunal Supremo, ubicadas entre una abrumadora cantidad de datos entre los que se diluyen.

vii.- No ha creado la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, sino que efectivamente lo es y los tipos han fluctuado a lo largo de los años, no pudiendo asemejarse a un tipo de interés fijo.

Aunque insistimos para concluir, que muchos de estos requisitos no son exigibles al caso de autos, por tratarse de un préstamo concertado entre profesionales.-

V.- COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considerando en todo caso las serias dudas que las demandas colectivas resueltas por el TS han podido generar en los supuestos concretos.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO que, teniendo por presentado este escrito y los documentos que al mismo se acompañan con sus copias, en tiempo y forma, tenga por personada a esta parte en las presentes actuaciones, entendiéndose conmigo las siguientes diligencias y por formulada **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA** interpuesta contra mi representado y tras la pertinente tramitación se sirva dictar Sentencia por la que se desestime la demanda presentada de contrario con imposición de costas al demandante.

Por ser de Justicia que respetuosamente pido en Madrid, a 4 de enero de 2016.

OTROSI DIGO, que a los efectos probatorios oportunos y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 265, en el artículo 270, 1.3 y demás concordantes de la LEC, esta parte designa los archivos, libros y registros de todas las entidades, personas y organismos, tanto de carácter privado como público, a los que se haya hecho referencia en el presente escrito de contestación a la demanda o que figuren en la documentación que se acompaña al mismo.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO . Que esta parte manifiesta que para cualquier defecto en que se pudiera incurrir en este escrito y los posteriores que se lleven a efecto en el presente procedimiento y a tenor de lo dispuesto por el artículo 231 de la LEC, se hace expresa manifestación de que es voluntad de esta parte demandada la de cumplir con los requisitos de la Ley de procedimiento.

Por lo expuesto, respetuosamente,

SOLICITO AL JUZGADO, que tenga por efectuadas la anteriores manifestaciones a los efectos oportunos, por ser de justicia que reitero en el lugar y fecha arriba indicados.