



Roj: **SJM B 4780/2016** - ECLI: **ES:JMB:2016:4780**

Id Cendoj: **08019470102016100005**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **10**

Fecha: **07/12/2016**

Nº de Recurso: **732/2015**

Nº de Resolución: **297/2016**

Procedimiento: **JUICIO ORDINARIO**

Ponente: **MANUEL RUIZ DE LARA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO MERCANTIL NÚMERO 10 DE BARCELONA

Gran Vía de Les Corts Catalanes número 111, Edificio C, Planta 12. 08014-Barcelona

Procedimiento Juicio Ordinario 732/2015

Demandante : Ángela , Juan Pablo y Leonor .

Procurador : Anna Camps Herreros. Letrado : Miguel González Rodríguez.

Demandado : Bankia S.A. .

SENTENCIA Nº 297/2016

En Barcelona a 7 de Diciembre de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la Procuradora de los Tribunales Doña Anna Camps Herreros, actuando en nombre y representación de los más arriba referenciados, se presentó demanda de juicio ordinario frente a la entidad Bankia S.A. .

Segundo.- Mediante Decreto se admitió a trámite la demanda de juicio ordinario.

Tercero.- Por Diligencia de Ordenación de 26 de Julio de 2016, se declaró a la demandada en situación de rebeldía procesal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Condiciones Generales de la Contratación.

El artículo 51 de la Constitución establece como uno de los principios reguladores de la política económica y social, la promoción y defensa de los intereses de consumidores y usuarios. Así el referido precepto constitucional dispone que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

En nuestro derecho, las condiciones generales de la contratación aparecen reguladas por la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación.

La Exposición de Motivos de la Ley 7/1998 efectúa la distinción entre las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas. Así respecto a las primeras, las define como aquellas que están predispuestas e incorporadas a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Mientras que las cláusulas abusivas son las que en contra de las exigencias de la buena fe causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también pueden darse en contratos

particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. Así mismo resalta la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que el ámbito de aplicación de las cláusulas abusivas es el de los consumidores y usuarios, mientras que las condiciones generales de la contratación pueden darse en cualquier tipo de contratos, incluso los celebrados entre profesionales.

Tal como establecen las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 y la de 18 de Junio de 2012, los costes de los recursos que se deben invertir en el diálogo que todo proceso individualizado de negociación conlleva -con el correlativo encarecimiento del producto o servicio que al final repercute en el precio que paga el consumidor o usuario-, unido al elevado volumen de operaciones que se realizan en el desarrollo de determinadas actividades negociales, fue determinante de que en ciertos sectores de la economía se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, califica como "un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico".

El insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante, para regular los contratos celebrados de acuerdo con este modo de contratar, fue determinante de que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, declarada en la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de restablecer en la medida de lo posible la igualdad de posiciones.

Estas condiciones son impuestas por una de las partes a la otra en razón a su superioridad jurídica o, más corriente todavía, económica. Luego, su apariencia, extensión y cualesquiera otras circunstancias externas son irrelevantes, porque no cambian el signo del fenómeno que materializan.

Sentadas con carácter preliminar las anteriores consideraciones, debemos proceder a continuación a entrar en el análisis de la Ley 7/1998 en lo que se refiere a su ámbito de aplicación.

En palabras del profesor O'Callaghan Muñoz: "Las condiciones generales de los contratos son cláusulas o pactos que se incluyen en todos los contratos relativos a concretos objetos y que se imponen a todos los que quieran celebrar aquellos contratos. Se pueden reproducir una a una en cada contrato o pueden imponerse en los impresos o formularios del contrato

El artículo 1.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 establece que "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos."

Así mismo en su apartado segundo dispone que "el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión."

El elemento definidor de los contratos de adhesión es la unilateralidad del contenido contractual y la falta de capacidad fáctica de una de las partes contratantes para influir en el contenido del convenio ya predispuesto por la otra parte.

De la mera lectura del artículo 1 de la Ley 7/1998 podemos extraer los requisitos para que una cláusula negocial pueda calificarse como condición general de la contratación. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 (Ponente Rafael Gimeno Bayón) siguiendo la línea jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal, sintetiza los referidos requisitos de la siguiente forma:

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

Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes - aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma

que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

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

De otro lado, continúa la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 , para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:

La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias;

Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

La ley identifica a las partes del contrato como: predisponente y adherente.

El predisponente es el profesional, persona física o jurídica, que en sus negocios jurídicos con terceros hace uso de cláusulas prerredactadas que han sido elaboradas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos . Debe tenerse en cuenta que la norma se aplica tanto a sujetos de Derecho privado como de Derecho público. Mientras que el adherente puede ser consumidor o no, pudiendo ser también otro profesional que no actúe en el marco de su actividad, puede ser persona física o jurídica. Cuando el adherente sea otro profesional, la posición de abuso o dominante podrá plantearse en el marco de las normas generales de la contratación, no en el específico cauce de las cláusulas abusivas (así lo ha declarado la SAP Madrid 29 de marzo de 2006).

La exégesis del artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos".

Cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción "a los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate" -lo que fue interpretado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Noviembre de 1996 , en el sentido de que "se le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva ". En definitiva, la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

De este modo, sólo se puede afirmar que las condiciones generales no son sino las cláusulas de un contrato de adhesión, cuando están destinadas a ser incorporadas a una pluralidad indeterminada de contratos. Por tanto, la calificación de una cláusula como condición general no depende de que haya sido, o no, conocida y aceptada libremente por el adherente (esto podría determinar su no incorporación al contrato, conforme al art. 7 de la Ley 7/98 , pero no excluiría su calificación como condición general), sino, más bien, de que el contenido de la misma no haya sido fruto de una previa negociación entre las partes, y esté destinado a incorporarse a una pluralidad de contratos similares.

Los contratos con condiciones generales no excluyen, pues, por completo la existencia de autonomía de la voluntad. Se trata de supuestos en los que existe consentimiento contractual, válido, en principio, si bien la autonomía de la voluntad de las partes se ve matizada o limitada, puesto que una y otra no se hallan en situación de igualdad, ya que, en el caso del adherente, se limita a aceptar, o no, las condiciones que le ofrece la contraparte.

Es cierto que, como apunta la STS 406/2012 de 18 de Junio , debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, pero también lo es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactadas, sean condiciones generales

-sometidas a la LCGC- o particulares -no sujetas a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente.

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

Ahondando en el referido requisito de imposición por el predisponente, el Tribunal Supremo en las Sentencias de 4 de Noviembre de 2010 y 29 de Diciembre de 2012, ha asentado los siguientes criterios: a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar; b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario; c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios; y d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

Debe destacarse que no puede equipararse el desconocimiento de una cláusula con la imposición de la misma. El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC -"no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes [...]"- como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual "las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo". El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

Sentado lo anterior, debemos referirnos a continuación al ámbito de exclusión de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

El artículo 4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación define el ámbito negativo de la ley, al disponer que la presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios.

Debe advertirse que en la determinación de los contratos que se ven afectados por la Ley no es necesario que los mismos se documenten por escrito, pudiendo y debiendo aplicarse la norma a muchos contratos verbales y a una parte importante de la denominada contratación electrónica.

El artículo 2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación define el ámbito subjetivo. De forma que la misma será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente.

Define así mismo la Ley el concepto de profesional de forma que deberá entenderse por tal a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.

Segundo.- Control de incorporación de las condiciones generales de la contratación. Doble control control de transparencia.

El artículo 5.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación dispone que "las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas."

El artículo 7 de la Ley Condiciones Generales de la Contratación, establece así mismo que "no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5."

Por su parte el artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, establece que 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.

De la dicción del artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación pueden inferirse los siguientes requisitos para la válida incorporación de las condiciones generales de la contratación:

Aceptación por el adherente su incorporación al contrato y que éste sea firmado por todos los contratantes.

El contrato haga referencia a las condiciones generales incorporadas.

El predisponente haya informado expresamente al adherente acerca de la existencia de condiciones generales de la contratación.

El predisponente haya facilitado un ejemplar de las mismas.

La redacción de las cláusulas se ajuste a los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Establece así mismo el artículo 5 en sus apartados primero, segundo y tercero determinadas concrecciones en relación a la información que ha de realizar el predisponente de la condición general en función de si la contratación fuese telefónica, electrónica o el contrato no deba formalizarse por escrito.

Así mismo el artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación completa los requisitos de incorporación en su vertiente negativa, al establecer que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

El artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en su apartado cuarto establece una disposición imperativa en cuanto a la redacción de las cláusulas. La expresión "deberá" determina que si la redacción de las cláusulas generales no se adaptase a los requisitos mencionados, la misma no sería válida y debería ser expulsada del contrato o no incorporada a la misma.

Centrándonos en los requisitos relativos a la redacción de las condiciones generales de la contratación, analizaremos en primer lugar el requisito de transparencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Abril de 2013 considera que el control referido al criterio de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 alude a un doble control de transparencia, de forma que:

El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

La transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un

conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.

La falta de transparencia de una condición general puede dar lugar a no considerar incluida la cláusula en el contrato de adhesión (principal efecto del control de inclusión), incluso puede ser causa de nulidad de la cláusula (por abuso formal). El control de la cláusula por falta de transparencia sólo procede cuando hay casos graves de oscuridad. Cuando una cláusula es realmente incomprensible, es obvio, que la cláusula no puede formar parte del contrato, y si ha llegado a formar parte de él, entonces (en el caso de que el adherente sea un consumidor o usuario) debe considerarse abusiva. La regla "contra proferentem" rige, como ya ha tenido oportunidad de señalar la doctrina científica, para casos de transparencia menos graves, cuando la cláusula es simplemente dudosa o ambigua.

El carácter dudoso de una cláusula puede derivar de su carácter indeterminado, p.e., cuando el adherente no puede saber en qué casos se va a aplicar la condición general y en cuáles no, siendo suficiente que existan dudas razonables acerca del sentido o alcance de una determinada cláusula. Estos criterios de graduación deben ser tenidos en cuenta en todo contrato de adhesión. En aquellos casos en los que la cláusula sea simplemente dudosa en cuanto a la interpretación de la misma, deberemos acudir a la disposición del artículo 6 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, determinando la interpretación y efectos de la misma de acuerdo con el tenor de dicho artículo.

El requisito de claridad en la redacción, aunque no lo define la Ley de Condiciones Generales de la Contratación expresamente, parece hacer referencia a la claridad visual, a que el texto deba ser legible, así como al lenguaje empleado. No se ajustará a los requisitos legales para su válida incorporación a un contrato, aquellas condiciones generales de la contratación que resulten ininteligibles, excesivamente complejas. Tampoco aquellas en las que la forma, ubicación o incluso estructura gráfica hagan imposible desde la perspectiva de un contratante diligente, conocer el contenido de la cláusula. Circunstancias que deberán valorarse en relación al caso concreto y a los términos contractuales en los que se enmarca la referida cláusula contractual.

En cuanto a la concreción, debemos interpretarlo como la necesidad de que se produzca una completa descripción de aquello a lo que se refiera la condición. La cláusula debe contener todos los elementos que la integran, describiendo de forma cierta y directa los efectos de la misma así como los términos que la componen. No se ajustará al requisito de concreción aquellas cláusulas que contienen sólo en términos parciales los efectos de las mismas, no detallan de manera específica sus características u omiten de forma total o parcial su contenido.

En cuanto al requisito de sencillez debe entenderse, reputando no incorporadas al contrato aquellas condiciones generales de la contratación que requieran para su comprensión conocimientos técnicos más allá de los propios de un adherente medio o diligente. Debiendo incluirse aquellas cuya redacción y términos potencie la oscuridad de la cláusula o hagan extraordinariamente difícil la comprensión de la misma.

Tercero.- Ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y 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 y otras Leyes complementarias.

El artículo 1.1 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que el propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

El artículo 2 de la referida Directiva dispone que a efectos de la presente Directiva se entenderá por:

« cláusulas abusivas »: las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3;

« consumidor »: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;

« profesional »: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

Así mismo el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios establece que esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios.

Mientras que el artículo 3 del mismo cuerpo legal dispone 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.

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 texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias pretende, asimismo, aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Se opta por ello por la utilización de los términos consumidor y usuario y empresario.

Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas».

El consumidor y 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, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

Como recuerda la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo, en su fundamento jurídico 233 c), el control de abusividad únicamente puede referirse a contratos celebrados con consumidores y no puede extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Igualmente, la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: " El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual. Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios ". Y añade: " En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley ". Es decir, cuando la Ley se refiere a cláusulas abusivas únicamente está remitiendo a las condiciones generales o a las cláusulas predispuestas que se incluyen en contratos celebrados con consumidores. Ello no quiere decir que los no consumidores no puedan defenderse frente a condiciones generales que incumplan los requisitos legales de incorporación y contenido, pero tendrán que hacerlo recurriendo a las normas generales de nulidad contractual en el procedimiento declarativo correspondiente.

Sobre tales presupuestos, debe tenerse en cuenta, que en el ámbito comunitario europeo el concepto de consumidor ha sido interpretado por la jurisprudencia comunitaria de forma restrictiva y haciendo coincidir el parámetro legal negativo (actuar al margen de actividades empresariales) con una explicación en clave positiva de en qué consiste esa actuación: así, la STJCE 14 marzo 1991 (asunto di Pinto), recaída en un asunto en que un empresario contrató en su domicilio unos servicios de publicidad, concluyó que dicho contrato constituía un acto de gestión realizado para satisfacer necesidades que no son las necesidades familiares o personales del comerciante (§ 16), por lo que no merece la calificación de consumidor; igualmente, la STJCE 17 marzo 1998 (asunto Dietzinger, sobre un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para una finalidad empresarial ajena), señaló que la Directiva « no limita su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, siempre que tales bienes o servicios estén destinados al consumo privado ». Aún más explícito y reiterativo se ha mostrado el TJCE al interpretar los arts. 13 y 14 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial (actual art. 15 del Reglamento UE 44/2001), por ejemplo en las SSTJCE 21 junio 1978, 19 enero 1993, 3 julio 1997, 27 abril 1999, 11 julio 2002, 20 enero 2005

-asunto Gruber -, 20 enero 2005 -asunto Engler -, 21 junio 1978, asunto Bertrand, § 21; STJCE 19 enero 1993, asunto Shearson Lehman Hutton Inc., § 13, en las que ha enfatizado que esas disposiciones « sólo se refieren al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales » y que «sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo »; y el concepto de consumidor « debe interpretarse de forma restrictiva » (STJCE 3 julio 1997, asunto Benincasa, §§ 16-17)9, « pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquélla se encuentra en igualdad de condiciones con su co-contratante » (STJCE 20 enero 2005, asunto Gruber, § 40).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de Septiembre de 2015 establece que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete.

A este respecto, cabe señalar que, según el décimo considerando de la Directiva 93/13, las normas uniformes sobre las cláusulas abusivas deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre «un consumidor» y «un profesional», conceptos estos definidos en el artículo 2, letras b), y c), de dicha Directiva.

Conforme a tales definiciones, es «consumidor» toda persona física que, en los contratos regulados por la citada Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. Por su parte, es «profesional» toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la Directiva 93/13, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

Por tanto, la citada Directiva define los contratos a los que se aplica por referencia a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional (sentencias Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 30, y ?iba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 21).

Tal criterio responde a la idea que sustenta el sistema de protección establecido por dicha Directiva, a saber, que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (sentencias Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 31, y ?iba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 22).

Habida cuenta de tal situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, apartado 23 y jurisprudencia citada).

Procede a su vez recordar que una misma persona puede actuar en ciertas operaciones como consumidor y en otras como profesional.

El concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga.

El juez nacional que conoce de un litigio relativo a un contrato que puede entrar dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva tiene la obligación, teniendo en cuenta el conjunto de las pruebas y, en particular, los términos de dicho contrato, de comprobar si el prestatario puede tener la condición de «consumidor» en el sentido de dicha Directiva (véase, por analogía, la sentencia Faber, C-497/13, EU:C:2015:357, apartado 48).

En el presente litigio de los datos obrantes en autos, se colige que nos encontramos ante un contrato de préstamo hipotecario suscrito por los actores con la entidad financiera.

De la lectura de la escritura del préstamo hipotecario, aportada como documental número 1 de la demanda, no se colige que el préstamo concedido tuviese como objeto la actividad profesional de la parte demandante.

En ausencia de tales datos, y no especificando el préstamo hipotecario vinculación alguna concreta con el desarrollo de una actividad empresarial, debe considerarse que el demandante tiene la condición de consumidor a los efectos de la aplicación de directiva 93/13 de protección de consumidores y usuarios.

Cuarto.- Control de abusividad. Cláusulas abusivas y protección del consumidor en el marco de la Directiva 93/13 y 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 y otras leyes complementarias.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, sin perjuicio de aspectos puntuales en otras Leyes, se transpuso al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, por la que se optó por llevar a cabo la incorporación de la citada Directiva mediante una Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que al mismo tiempo, a través de su disposición adicional primera,

modificaba el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En la actualidad, estas disposiciones legales junto con otras normas de transposición de Directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores y usuarios, se hayan refundidas en 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.

Al no existir en el Derecho de la Unión una armonización de las medidas nacionales de ejecución forzosa, corresponde al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, establecer la regulación procesal. Ahora bien, la libertad de configuración de los Estados miembros está limitada por el principio de equivalencia y por el principio de efectividad. La normativa no puede ser menos favorable que la que regula situaciones similares sometidas al Derecho interno y no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores.

El principio de equivalencia dice que la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno.

Con arreglo al principio de efectividad, la regulación procesal nacional no puede conducir a que se obstaculice la invocación de los derechos garantizados al consumidor por la Directiva 93/13. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales.

Tratándose de cláusulas abusivas, como apuntan las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12, Duarte Hueros, punto 37, el principio de eficacia exige que el tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y "de no ser ello posible, dicho tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, a saber, en el caso de autos, las normas procesales nacionales cuestionadas en el procedimiento principal, que recogen la vinculación estricta a la pretensión deducida", ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, como indica la STJUE ya citada de 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 46, esta autonomía tiene como límite que tales normas "no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38)".

En nuestro derecho nacional hay un doble control respecto a las cláusulas abusivas. El primero correspondería al Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Y un segundo régimen de control a través de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación aplicable a consumidores y no consumidores. Éste segundo tipo de control no sería tanto un control de abusividad sino más bien un control de legalidad por infracción de normas de derecho imperativo o prohibitivo.

El sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. Esta situación le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. La Ley 26/1984 fue modificada posteriormente mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE no 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304), que adaptó el Derecho interno a la Directiva 93/13.

Por último, 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 (BOE no 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181; en lo sucesivo, «Real Decreto Legislativo 1/2007»), estableció el texto refundido de la Ley 26/1984, con sus sucesivas modificaciones.

El artículo 3 de la citada Directiva dispone que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Seguidamente el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE ahonda en el concepto de cláusula abusiva. De forma 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. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

En clara correspondencia con la Directiva 93/13/CEE, el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone en su artículo 82 que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

El artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre en su apartado segundo y transponiendo la Directiva 93/13 en lo que se refiere al artículo 3.2, determina que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 establece en relación al control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores, las siguientes precisiones :

Para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, 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, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. Estas reglas deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.

No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación. No existe en el Derecho de la Unión, ni en el Derecho nacional norma alguna que refiera el desequilibrio entre los derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas- aquellas en los que los sujetos son a la vez acreedores y deudores entre sí, de tal forma que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación-, y menos aun para limitar su aplicación a aquellos en los que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato.

Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

Del análisis del artículo 2 de la Directiva 93/13 CEE y del artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre , podemos extraer las siguientes notas generales para caracterizar a las cláusulas abusivas :

Estipulaciones no negociadas individualmente. Entendiendo por tales las que hayan sido redactadas previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido.

No hayan sido consentidas expresamente por el consumidor.

Contravengan las exigencias de la buena fe.

Se estipulen en perjuicio del consumidor.

Causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Del artículo 2 de la Directiva y del artículo 82 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios , se deduce también un requisito negativo, cuya concurrencia determinará la imposibilidad de calificar una cláusula como abusiva. Dicha nota es la de negociación individual o consentimiento expreso de la práctica abusiva, deben entenderse reproducidos las argumentaciones contenidas en el anterior apartado de la presente monografía, a los efectos de determinar cuando una cláusula contractual no haya sido negociada individualmente.

En tercer lugar para que una cláusula contractual pueda ser calificada como abusiva, ha de contravenir las exigencias de la buena fe. En relación con el concepto de buena fe, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Marzo de 2001) que la exigencia de ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de la buena fe, según lo previsto artículo 7,1 del Código Civil , constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico que exige rechazar aquellas actitudes que no se ajustan al comportamiento considerado como honrado y justo.

Igualmente, es doctrina constante y reiterada (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 y las que en ella se citan), que la buena fe es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, y leal, que supone una exigencia de actuación coherente y de protección de la confianza ajena. Como señala la STS de 25 de marzo de 2002 , es cierto que el principio de buena fe, como concepto jurídico indeterminado, no se puede definir con generalidad, «y será preciso el estudio personalizado de cada caso por caso para su determinación, sobre todo porque para ello no se puede utilizar el método declarativo de la analogía».

Quizás más importante que la norma positiva sea la interpretación que sobre su contenido y efectos viene haciendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre cuyas sentencias cabe destacar por su repercusión en relación con las cláusulas abusivas y el procedimiento hipotecario las siguientes:

Sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98 , Rec. p. I-4941;

Sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05 , Rec. p. I-10421;

Sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08 , Rec. p. I-9579;

Sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 , Rec. p. I-4785;

Sentencia de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08 , Rec. p. I- 10847;

Sentencia de 15 de marzo de 2012, Perenicová y Perenic, C-453/10 ;

Sentencia de 14 de junio de 2012, Banesto, C-618/10 , Rec. p. I-0000;

Sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11 ;

Sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11 ;

Sentencia de 3 de octubre de 2013, Duarte, C-32/12 (esta última en la medida que obliga a una reinterpretación de principios básicos de la Ley de Enjuiciamiento Civil);

Sentencia de 30 de abril de 2014, Arpad Kasler/ OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13 ;

Sentencia de 30 de abril de 2014, Barclays Bank, C-280-13;

Sentencia de 17 de julio de 2014, BBVA, C-169/14 ;

Sentencia de 10 de septiembre de 2014, Monika Kušionová/SMART Capital a.s., C-34/13 ;

Sentencia de 23 de octubre de 2014 (EU:C:2014:2317), en los asuntos acumulados C-359/14 , Schulz/TWS y C-400/11 (sobre el control de transparencia).

Sentencia de 21 de enero de 2015 (EU:C:2015:21), en los asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , Unicaja Banco y Caixabank/José Hidalgo Rueda y otros.

Sentencia de 26 de Febrero de 2015. Asunto C-143/13. Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei contra SC Volksbank România SA.

El análisis de las mencionadas resoluciones permite extraer los siguientes principios y conclusiones básicas:

La obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los justiciables frente a la aplicación de cláusulas abusivas implica una exigencia de tutela judicial, consagrada asimismo en el art. 47 de la Carta, que el juez nacional debe observar

El ámbito de aplicación y, por ende, de protección, de la Directiva 93/13 (y del texto refundido de la LGDCU) se circunscribe a los contratos celebrados con los consumidores.

Están excluidas del ámbito de protección de la Directiva 93/13 tanto las cláusulas contractuales negociadas individualmente como aquellas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias, a menos que, en este último caso, dicha cláusula u otra modifiquen el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones.

Las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato (entendiendo por tales las que describen las prestaciones esenciales del contrato y que como tales los caracterizan) o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse

como contrapartida, por otra, están comprendidas dentro del ámbito regulado por la Directiva, pero exentas del control de contenido o abusividad siempre que se redacten de manera clara y comprensible.

La exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que la exigencia de transparencia ha de entenderse de manera expansiva, de modo que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo¹, para lo cual es fundamental que pueda disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración². En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional

En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de "objeto principal del contrato" y, por tanto, están sujetas en todo caso al control de abusividad.

La STJUE 26 de Febrero de 2015 Caso Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei contra SC Volksbank România SA., establece que "el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, los términos «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra» no cubren, en principio, tipos de cláusulas que figuran en contratos de crédito celebrados entre un profesional y consumidores, tales como las controvertidas en el litigio principal, que, por una parte, permiten al prestamista, bajo determinadas condiciones, modificar unilateralmente el tipo de interés y, por otra parte, prevén una «comisión de riesgo» percibida por éste. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar la calificación de tales cláusulas contractuales atendiendo a la naturaleza, al sistema general y las estipulaciones de los contratos de que se trata así como al contexto jurídico y de hecho en que éstas se inscriben."

El sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

Como el objetivo de protección al que aspira la Directiva no se puede alcanzar si se hace recaer sobre el consumidor la carga de invocar la existencia de cláusulas abusivas, debe facultarse al juez nacional para apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

El papel del juez no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre el carácter eventualmente abusivo de una cláusula contractual, sino que incluye el deber de hacerlo de oficio; deber que incluye adoptar de oficio las diligencias de prueba precisas para discernir si la cláusula está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en su caso, apreciar su eventual carácter abusivo.

La consecuencia de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual es su nulidad y consiguiente inaplicación, para que no tenga efectos vinculantes para el consumidor, sin que los jueces puedan modificar el contenido de la misma o integrar el contrato, que habrá de subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato fuera jurídicamente posible.

El juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula. Sin embargo, el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales

Quinto.- Análisis de las cláusulas objeto de Litis, como condiciones generales de la contratación.

De la documental obrante en autos se colige que el 26 de Junio de 2006 los demandantes concertaron con la demandada un préstamo hipotecario. En dicho préstamo hipotecario concurrían los siguientes elementos :

_ Deudores : Ángela y Marcial .

- _ Fiadores : Juan Pablo y Leonor .
- _ Capital del préstamo 170.000 euros.
- _ Vencimiento : 26 de Junio de 2036.
- _ Tipo de interés aplicable : IRPH.

En la cláusula novena de la escritura de préstamo hipotecario, se establecía como "Garantía Adicional. Con independencia de la hipoteca establecida en la cláusula correspondiente de la presente escritura y demás garantías personales o reales que se hayan podido pactar en el presente contrato, se garantiza especialmente el cumplimiento de las obligaciones dimanadas del mismo, solidariamente con el deudor principal y con las consiguientes renunciaciones a los beneficios legales de orden, excusión y división, por Don Juan Pablo y Doña Leonor , los cuales se constituyen en fiadores solidarios de la presente operación.... "

Así mismo en la cláusula primera se establecía que "Sin perjuicio de la responsabilidad personal solidaria e ilimitada de la parte prestataria en garantía de la obligación principal de la amortización del préstamo que se formaliza en la presente escritura....."

Del análisis de la documental obrante en autos, debe concluirse que nos encontramos ante unas condiciones generales de la contratación, y ello en atención a las siguientes consideraciones :

El contrato objeto de litis es un contrato celebrado entre un profesional y dos adherentes. Por tanto entra dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, según lo dispuesto en el artículo 2 .

Se trata de unas cláusulas contractuales a razón de su inclusión en el contrato de préstamo hipotecario.

Se trata de unas cláusulas cuyo contenido estaba prerredactado y no ha sido fruto de tratos o negociaciones individualizadas entre las partes intervinientes en el contrato de préstamo hipotecario.

No aporta la demandada elemento probatorio alguno con suficiente consistencia, que acredite que se produjo una negociación individualizada de las cláusulas objeto de litis. No aporta la demandada documentación alguna que acredite que se presentaron propuestas o borradores del contenido del contrato de préstamo hipotecario, con ofertas y contraofertas formuladas por las partes intervinientes en el contrato. En ausencia de tal soporte probatorio, y siendo carga de la demandada acreditar la concurrencia de negociación individualizadas, procede desestimar cualquier alegación al respecto.

La documental presentada por la demandada no acredita la existencia de una verdadera negociación individual de las cláusulas con intercambio de ofertas y contraofertas, sino una mera solicitud de información de la actora.

Como decíamos en los fundamentos jurídicos anteriores, debe distinguirse lo que es participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de la cláusula contractual. En el presente caso, no ha sido acreditado en modo alguno que los actores pudiesen influir en la supresión o en el contenido de la cláusula. A los demandantes sólo les quedaba la opción de adherirse o renunciar a contratar. No aporta la demandada elemento probatorio alguno que enerve tales conclusiones.

La incorporación de las cláusulas ha sido impuesta por una de las partes, de forma que los prestatarios no pudieron influir en su contenido, quedándoles como única opción la concertación del préstamo en las condiciones establecidas por la entidad financiera o no concertar el préstamo. Los prestatarios sólo podían optar entre adherirse al contrato y a las cláusulas estipuladas por la entidad financiera o no realizar trato contractual alguno.

Debe señalarse así mismo que el eventual conocimiento de la existencia de la cláusula por la parte actora, no impide que nos encontremos ante una cláusula impuesta por el profesional del contrato concertado, dado que como ha resultado acreditado los demandantes no tenía opción alguna de influir en el contenido de la cláusula o en la supresión de la misma.

Las cláusulas objeto de Litis son unas cláusulas general incorporada a una pluralidad de contratos al objeto de uniformizar el contenido de los préstamos hipotecarios concertados por la entidad financiera.

Sexto.- Control de transparencia de la cláusula primera y novena del contrato de préstamo hipotecario.

Definidas las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes, como condiciones generales de la contratación, debemos en primer lugar conforme hemos expuesto en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución, realizar el control de transparencia de acuerdo con la doctrina asentada jurisprudencialmente por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de Mayo de 2013 .

Al encontrarnos ante condiciones generales de la contratación debemos proceder al análisis de los requisitos de incorporación y concluir a partir de la documental obrante en autos, los siguientes extremos :

La condiciones generales de la contratación del contrato de préstamo hipotecario, han sido aceptadas por los adherentes y el contrato de adhesión consistente en el referido préstamo hipotecario ha sido firmado por todos los contratantes. Así se deduce a partir de la documental obrante en autos. Así consta en la copia simple de la escritura de préstamo hipotecario en el que se da fe notarial de la comparecencia de la entidad financiera y de los prestatarios, y de la aceptación por los adherentes de las cláusulas contractuales.

El contrato de préstamo hipotecario hace referencia a las condiciones generales incorporadas. Las referidas cláusulas aparecen redactadas en el contrato de préstamo hipotecario de manera completa.

A partir de la lectura de la escritura de préstamo hipotecario, ha resultado acreditado que se procedió a la lectura íntegra de la escritura. De tales circunstancias se da fé notarial, debiendo estimarse por tanto acreditados tales hechos. .

En atención a la prueba practicada en el acto de juicio debe colegirse que la información suministrada a los consumidores consistió en la lectura en la notaría de la escritura de préstamo hipotecario. No aporta la demandada prueba alguna que acredite que se les facilitó información adicional a la parte actora.

Así mismo no puede estimarse que la referida condición general tenga el carácter de ilegible.

De lo anterior se colige que las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, 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 consumidor, a tenor del artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación .

Admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores.

Admitido, conforme a la STS de 9 de mayo de 2013 , que las cláusulas impugnadas son unas condiciones generales de la contratación deberá acreditarse por la parte demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente del significado jurídico y económico que para él podía derivarse de la inclusión de la cláusula en el contrato. Recuérdese el especial deber de información que debe adornar la contratación bancaria y la actuación de las entidades financieras en general, en el sentido de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, por la especial complejidad del sector financiero y la contratación en masa, pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación.

El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que " [...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]", y el artículo 5 dispone que "[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible".

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

En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

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

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

Sentado lo anterior cabe concluir:

Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Las cláusulas impugnadas suponen la renuncia de los fiadores a los beneficios de excusión, división y orden y además configura para los deudores principales una responsabilidad personal e ilimitada que se añade a la garantía hipotecaria establecida.

No consta en las actuaciones prueba con suficiente consistencia, que permita inferir que por parte de la entidad financiera se explicó de manera comprensible, las implicaciones económicas que tenían las cláusulas primera y novena que son objeto de impugnación. Información que resultaba en el presente caso aún más necesaria, al suponer la instauración de tres garantías y además la renuncia a beneficios legalmente concedidos a los fiadores.

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

Sentadas las anteriores consideraciones, no cabe sino concluir que la cláusula analizada, no es transparente ya que:

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

No aporta la demandada extremo alguno que acredite tal información previa, al margen de la mera lectura en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario.

No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de la operatividad de las cláusulas que determinan garantías adicionales a la propia hipoteca.

No hay información previa clara y comprensible sobre la incidencia económica que tendrían las referidas cláusulas de garantías adicionales y como operarían en función del valor de la finca sobre la que se constituía la hipoteca.

Ningún elemento probatorio al respecto se aporta por la demandada.

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

En todo caso, lo que no se ha probado, en ninguno de los casos, por la entidad demandada es que la misma haya cumplido con su deber de transparencia en los términos definidos por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia citada de 9 de mayo (con su aclaración de 3 de junio), pues, no se ha acreditado por la entidad demandada que haya informado perfectamente a sus clientes de la trascendencia económica de dichas cláusulas y como operarían.

Debe destacarse que el que la cláusula resulte clara a la hora de leerla, no implica que el consumidor haya comprendido, por la información que le facilita el banco, cómo jugará la citada estipulación en la vida del contrato.

A ello no obsta la intervención de Notario. Dice, a tal respecto, la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Santander de 18 de octubre de 2013* que " Respecto de esa intervención del fedatario público, no considero que acredite suficientemente y en sí misma una información adecuada y relevante en los términos que más adelante se desarrollarán, respecto de la carga jurídica y económica del contrato, el reparto de riesgos y la

verdadera naturaleza como préstamo a interés no variable (que el TS concreta en un elenco de circunstancias de cierta amplitud), además de que no resulta del contenido de la propia escritura pública la información que respecto de los mínimos de la cuota y tipo se manifiestan."

En cualquier caso, la intervención notarial, en la STS (RJ 2013, 3088) (FJ XI) y en la doctrina, se ubican dentro del requisito del control de inclusión, no del de transparencia. Por un lado parece coherente un examen abstracto y no individualizado de la intervención en el concreto préstamo en el marco de una acción colectiva como la que resolvió el Alto Tribunal. Hay que destacar el carácter exiguo de los deberes informativos de la Orden de 5 de mayo de 1994, que en la práctica se sustancian en un simple "firme usted aquí" (la oferta vinculante) y en una advertencia de la existencia de la cláusula en el mismo momento conclusivo del contrato, momento que no es propicio para que el consumidor se replantee una decisión previamente adoptada a partir de una información incompleta. En modo alguno garantizan estos requisitos que el consumidor hubiera conocido la existencia de una cláusula y la trascendencia que la misma podía tener sobre la carga económico-jurídica del contrato antes de contratar."

No concurriendo tales circunstancias, y no habiendo superado el segundo control de transparencia por las razones expuestas, procede declarar abusiva la cláusula objeto de litis y decretar la nulidad de la misma.

Séptimo.- Costas.

De conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas causadas a la parte demandada.

En atención a lo expuesto,

FALLO

Estimo íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Anna Camps Herreros, actuando en nombre y representación de Doña Ángela, Don Juan Pablo y Doña Leonor, declarando la nulidad de la cláusula primera y novena del contrato de préstamo hipotecario de 26 de Junio de 2006, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de la siguiente cláusula:

_ Cláusula novena.- "Garantía Adicional. Con independencia de la hipoteca establecida en la cláusula correspondiente de la presente escritura y demás garantías personales o reales que se hayan podido pactar en el presente contrato, se garantiza especialmente el cumplimiento de las obligaciones dimanadas del mismo, solidariamente con el deudor principal y con las consiguientes renunciaciones a los beneficios legales de orden, excusión y división, por Don Juan Pablo y Doña Leonor, los cuales se constituyen en fiadores solidarios de la presente operación...."

_ Cláusula primera.- "Sin perjuicio de la responsabilidad personal solidaria e ilimitada de la parte prestataria en garantía de la obligación principal de la amortización del préstamo que se formaliza en la presente escritura....."

Se imponen las costas de este procedimiento a la parte actora. Notifíquese a las partes la presente resolución.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que será resuelto por la Ilustrísima Audiencia Provincial de Barcelona.

Así lo acuerda, manda y firma Don Manuel Ruiz De Lara, Magistrado del Juzgado Mercantil número 10 de Barcelona. Doy fe.