



**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6
OVIEDO**

SENTENCIA: 00368/2018

C/ CONCEPCIÓN ARENAL N.º 3, QUINTA PLANTA 33071. OVIEDO (ANTES COMENDANTE CABALLERO)

Teléfono: 985968894/95, Fax: 985968897

Equipo/usuario: ACA

Modelo: N04390

M.I.G.: 33044 42 1 2017 0009938

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0002392 /2017

Procedimiento origen: /

Sobre COND. GERAIS. CERTO. FIEBAC. GARNT. IEMO. PASTARIO. PER. FIE

D/ña.

Procurador/a Sr/a. FLORENTINA GONZALEZ RUBIN, FLORENTINA GONZALEZ RUBIN

Abogado/a Sr/a. JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO,

DEMANDADO D/ña. BANCO SABADELL

Procurador/a Sr/a. ANA DIEZ DE TEJADA ALVAREZ

Abogado/a Sr/a. EDUARDO FUENTES BOYANO

SENTENCIA N.º 368

En Oviedo, a uno de Febrero de dos mil dieciocho.

Vistos por D. ANTONIO LORENZO ALVAREZ, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo, los autos de procedimiento ordinario nº 2392/17, promovidos por la Procuradora Doña Florentina González Rubín, en representación de D. y D. asistidos del Letrado D. José Antonio Ballesteros Garrido, contra la entidad "Banco Sabadell", representada por la Procuradora Doña Ana Diez de Tejada y defendida por el Letrado D. Eduardo Fuentes, vengo a dictar la presente sentencia sobre la base de lo siguiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Sra. González Rubín, en la representación anteriormente indicada, se interpuso demanda de Juicio ordinario, que turnada correspondió al presente Juzgado, sobre la base de los hechos que plasmó en el escrito iniciador del presente procedimiento, que aquí se dan por reproducidos en aras a la brevedad, para a continuación, tras alegar los fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminar suplicando que se dictase una sentencia por la que se condenase a la entidad demandada en los términos que son de ver en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Por decreto, se admitió a trámite la demanda presentada, de la que se dio traslado a la parte demandada para que contestara a la misma, trámite que efectuó en la forma y



PRINCIPADO DE
ASTURIAS





ADMINISTRACIÓN

JUNTA ARBITRAL
DE CONSUMO

manera que es de ver, convocándose por diligencia de ordenación a las partes a la correspondiente audiencia previa.

TERCERO.- En el día y hora señalada, se celebró la audiencia previa a la que acudieron ambas partes con poder suficiente para actuar en la misma, ratificándose ambas en sus escritos principales, una vez que no hubo acuerdo entre las mismas, fijándose a continuación los hechos controvertidos e interesando el recibimiento del pleito a prueba. Como medios de prueba las partes propusieron las que consideraron necesarias en defensa de sus intereses, admitiendo SSª las que consideró pertinentes y útiles, fijándose a continuación día y hora para su práctica.

CUARTO.- En el día y hora establecida, tuvo lugar la vista, practicándose las pruebas admitidas con el resultado que es de ver, por lo que tras las correspondientes conclusiones, el juicio quedó visto para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Interesa la parte actora en la demanda que ha dado comienzo al presente procedimiento, que se declare la nulidad de la cláusula suelo contenida en la escritura del préstamo hipotecario formalizado entre las partes en fecha 15 de Octubre del 2008, así como de los cuatro acuerdos posteriores, y ello, por haberse vulnerado tanto lo previsto en los art. 80 y sig del IRLGDCU, como en los preceptos contenidos en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación esgrimidos en la demanda.

Frente a tales pretensiones se alza la parte demandada alegando, la <<falta de acción>> en base a los acuerdos alcanzados entre las partes, tanto para reducir el límite mínimo, como para eliminar la cláusula, llegando incluso la parte actora a comprometerse a no proceder a reclamar nada en relación a la cláusula ahora enjuiciada. Y en cuanto al fondo, considera que la cláusula fue negociada con los actores, superando ambos controles de transparencia e incorporación, debiendo tener entrada la teoría de los actos propios; confirmación tácita de los contratos; retraso desleal, interesando por todo ello la desestimación de la demanda.

SEGUNDO.- Planteado el objeto de debate en los términos antes indicados, lo primero que se debe realizar es un análisis sobre la virtualidad de la renuncia que realizó la parte actora a presentar demanda cuando formalizó los cuatro acuerdos objeto de la presente litis, ninguna para el Juzgador y ello, por lo siguiente. Tal y como tiene reconocido la jurisprudencia, citando a modo de ejemplo la SAP Salamanca de 20 de Marzo del año 2017, que se remite al contenido de la SAP Zaragoza de 14 de Diciembre del año 2016, en casos como el presente, <<En este sentido el reciente auto del TJUE de 11 de junio de 2015, ha



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



declarado respecto a la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que infrinjan la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores aunque no hayan sido aplicadas que: "La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» - en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión". Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle. En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo - añadimos radicalmente nulo - ningún efecto produce - quod nullum est nullum producir efectuó -. De ahí, que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual. De otra parte, la libertad contractual en la que se justifica su validez parte precisamente, no de un ámbito ilimitado contractualmente de la misma, sino, precisamente, de la validez de la cláusula que es nula y la percepción del carácter más favorable para el consumidor de la que se sustituye, cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto, con una limitación al tipo de interés inferior a la que se trata de dar efectividad por el banco para paliar los efectos de la condición general de la contratación atacada de nulidad. Incluso desde la propia eficacia del negocio jurídico, la convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno - en este sentido, pueden citarse la sentencia de la AP de Ciudad Real (Sección Primera) de 5 de marzo de 2014" y la de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Burgos de fecha 12 de septiembre y 17 de octubre de 2013 -. Por último, desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora de nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación ex novo a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto.

En definitiva, no puede ser admitida la renuncia a la aplicación de la cláusula tachada de nula o la novación de la misma por otra más favorable al consumidor como causa de enervación de la apariencia de buen derecho>>.

En el mismo sentido a lo manifestado se ha pronunciado la sentencia de Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 10 de enero de 2017 <<...Entiende el Banco demandado que el filtro o control de transparencia o de comprensividad real de la cláusula, queda evidenciado por la existencia entre las partes de una novación por las que se estableció un tipo de interés fijo de 3% hasta el vencimiento del préstamo, novación que fue formalizo en un documento privado que no ha sido impugnado de





ADMINISTRACION

JUNTA ARBITRAL

DE CONSUMIDORES

contrario (doc. 1 Contestación). No comparte la Sala la interpretación que el banco demandado hace del dicho pacto privado de novación. Carece tal pacto de la validez y el valor jurídico que interesadamente le confiere ya que su formalización, a iniciativa del propio banco, no tuvo otra causa y justificación que la propia existencia de la cláusula cuya nulidad aquí ha sido apreciada por falta de transparencia y efusividad. Esta cláusula y la obligación que comportaba insertas en el escritura pública de préstamo hipotecario, no quedó anulada, ni tampoco convalidada o subsanada por virtud dicho pacto privado ya que este se limitó a modificar a la baja en medio punto (0,50%) el tipo de interés mínimo (suelo) inicialmente fijado por la citada cláusula, rebaja que fue aceptada por los consumidores prestatarios con el fin lógico y humanamente comprensible, de atenuar en lo posible la carga o gravamen que comportaba la estricta aplicación de la cláusula suelo por parte del Banco demandado. Se trata en suma de un pacto secundario condicionado y derivado de la propia cláusula suelo que subsistía en el préstamo aunque rebajada en medio punto>>.

A mayor abundamiento, nuestra Audiencia Provincial en su sentencia de fecha 17 de marzo de 2016 al tratar un supuesto similar, de novación en documento privado del tipo mínimo (suelo) ha indicado que <<nuestra Jurisprudencia desde la STS de 10 de noviembre de 1964 admite que es posible la propagación de la ineficacia contractual a otros actos que guarden relación con el negocio declarado inválido, .. Doctrina que se mantiene en la actualidad y así cabría citar la sentencia de dicho tribunal de 17 de junio de 2010 cuando señala que si los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, de tal modo que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es la consecuencia suya...."

Pues bien, en el presente caso, y por aplicación de la jurisprudencia citada, es obvio que la parte actora sí tiene acción para presentar la demanda que nos ocupa por mucho que hubiera renunciado al derecho a demandar, dado que de estimarse nula la cláusula enjuiciada, la renuncia expresada en el documento aportado a los autos, ningún sentido ni valor tendría, dado que la nulidad radical y absoluta de una cláusula queda al margen del poder dispositivo de las partes, por lo que no puede <<moderarse>> por vía contractual, debiendo ser desterrado todo pacto que intente limitar los efectos de una nulidad radical y mucho más, aquel que limite el derecho que tiene todo consumidor a demandar tal nulidad ante los Tribunales.

TERCERO.- Llegados a éste punto y entrando en el fondo de la cuestión debatida, se hace necesario indicar, con respecto a la cláusula suelo, el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia 241/2.013, de fecha 9 de Mayo de 2.013 - y en el posterior Auto de Aclaración de fecha 3 de Junio de 2.013 -, ha resuelto la problemática relativa a las condiciones en las que resulta procedente declarar la nulidad, por abusivas, de las denominadas "cláusulas suelo" en contratos de préstamo hipotecario con tipo de interés variable, como ocurre en el presente caso, estableciendo una



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



Doctrina, que se resume de la siguiente manera: en síntesis, el Fallo de la indicada Sentencia acuerda: Declarar la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 3, 4 y 5 del Antecedente de Hecho Primero de esa Sentencia por: a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero; b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo; d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el Banco; e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual, y f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad; y se condena a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización.

El Tribunal Supremo en la sentencia antes mencionada, destaca, que además del control o filtro de incorporación, debe efectivamente analizarse el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, teniendo 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".

El Tribunal Supremo señala que éste segundo control o control de transparencia atiende a la información suministrada que ha de ser tal que "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", añadiendo que "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". Se trata, como sostuvo la sentencia del TJUE de 21 de Marzo de 2.013, que el contrato se exprese de manera transparente "de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]".

Concluye el Tribunal Supremo en este aspecto lo siguiente: "a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCCP para la

DE CONSUMO

JURIA



PRINCIPADO DE ASTURIAS



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. b) 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".

En lo que se refiere a la concreción del requisito de la transparencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2.013 pone el acento en la información suministrada por las entidades bancarias, que debe guardar la debida proporción en el desarrollo razonable del contrato.

En definitiva, el Tribunal Supremo considera que las cláusulas no son transparentes cuando: 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.

El Tribunal Supremo en su Auto de 3 de Junio de 2.013, de aclaración de su Sentencia de 9 de Mayo de 2.013, señala, que tales circunstancias constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas, pero indica, que no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquiera otra, ni determina que la presencia aislada de alguna o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo. También indica, que el conocimiento de la cláusula es un resultado insustituible y que, para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. También se aclara, que la nulidad de la cláusula suelo no queda subsanada por el hecho de que el cliente se haya visto beneficiado durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia.

CUARTO.- Desde esa perspectiva el Tribunal Supremo considera, que las cláusulas sólo son lícitas siempre que su transparencia permita al cliente identificar la cláusula como definidora del objeto principal y conocer el real reparto de riesgos derivado de la variabilidad de los tipos, es decir, que esté informado de que en realidad 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, porque los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia da cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable, convirtiendo el tipo nominalmente variable al alza y





a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza. Por todo ello, para garantizar la transparencia, debe poder llegarse a concluir que el consumidor ha tenido la información suficiente para adoptar una decisión racional al elegir la oferta realizada por el banco.

Partiendo de esas consideraciones generales y refiriéndonos al caso concreto enjuiciado, no cabe ignorarse que el deber de información, transparencia, claridad, sencillez y concreción a los que se refiere el Tribunal Supremo en la tan conocida sentencia de 9 de mayo de 2.013, respecto de las cláusulas que se incluyen en el contrato, en particular si no son objeto de una negociación individual, viene impuesto por el principio de buena fe contractual que regula los artículos 7 y 1.258 del Código Civil .

En el supuesto de autos, la parte demandada no ha podido demostrar con medio de prueba alguno el cumplimiento del deber de información al que venía obligada y mucho menos, que el contenido de la cláusula fuera negociado y aceptado por los actores y ello por lo siguiente. En primer lugar, pese a lo indicado en el escrito de contestación a la demanda, no consta aportado a los autos documento alguno que acredite haber realizado y entregado a los actores la oferta vinculante a la que venía obligada, y mucho menos, que esa entrega se hubiera producido con la antelación suficiente - tres días hábiles - a la emisión de la escritura pública al objeto de que la parte actora pudiera tener pleno conocimiento del contenido de la misma, de ahí que la prueba testifical a modo de los empleados de la demandada propuesta en el acto de la audiencia previa y rechazada por el Juzgador, era insuficiente por sí sola para entender cumplido el deber de transparencia al que venía obligada la demandada.

Es más, ni tan siquiera la parte demandada aportó a los autos las simulaciones a las que venía obligada, en aras a explicar a los actores las consecuencias de una eventual modificación a la baja del índice de referencia aplicado en la escritura. A más a más, esa ausencia de información precontractual no puede ser suplida por el contenido de la escritura en el sentido de que el Notario leyera el tenor de la misma, como así ha declarado nuestro Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 15 de Noviembre del año 2017, cuando dice que la labor del Notario debe ser <<cumulativa>> a la realizada por el banco en orden a una correcta transmisión de la información y nunca como sustitutiva de la misma.

En consecuencia, ante la ausencia de oferta motivada; de documentación que acredite la explicación de los términos y funcionamiento de la cláusula suelo; ausencia de simulaciones en relación a la aplicación de la misma; de posibles escenarios en relación a las variaciones del euribor; de la ausencia de información sobre otros productos alternativos, no se puede entender cumplido en deber de transparencia antes aludido

En definitiva, el Juzgador aprecia la concurrencia de todas las circunstancias que llevaron al Tribunal Supremo en el parágrafo 225 de la sentencia de 9 de mayo de 2.013, a apreciar la falta de transparencia en la contratación de dicha cláusula, y por ende se acoge la solicitud de nulidad instada





en la demanda, no pudiendo tener entrada en supuestos de nulidad radical y absoluta, las figuras aludidas en la contestación, tales como la teoría de los actos propios; retraso desleal; confirmación de los contratos etc, debiendo la entidad demandada eliminar la cláusula del contrato y devolver todas las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la cláusula, desde la fecha de formalización del contrato y hasta que se produzca su radical eliminación del contrato, tal y como se determinó tras la STJUE de 21 de Diciembre del año 2016, por el TS en su sentencia de 24 de Febrero del año 2017, con los intereses legales desde cada uno de los pagos, y hasta la presente sentencia, de conformidad con lo previsto en los art. 1100 y 1108 del C.c, y desde la misma y hasta el completo pago, los previstos en el art. 576 de la LEC.

CUARTO.- En cuanto a las costas procesales, al haberse estimado la demanda, las costas se imponen a la parte demandada atendiendo al criterio del vencimiento previsto en el art. 394 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, así como la jurisprudencia reseñada.

FALLO

Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Doña. Florentina González Rubin, en la representación que tiene encomendada, se declara la nulidad de la cláusula suelo inserta en el contrato de préstamo hipotecario formalizado entre las partes, debiendo la misma ser eliminada del contrato, nulidad que también se declara de los cuatro acuerdos objeto de la litis, condenando a la demandada a la devolución de los importes cobrados por aplicación de la misma, desde la fecha de formalización y hasta su eliminación más los intereses legales desde la fecha de cada cobro y hasta la presente sentencia y, desde la misma y hasta el completo pago, los previstos en el art. 576 de la LEC.

Las costas procesales se imponen a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.





El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO SANTANDER en la cuenta de este expediente 3277.0000.04.2392.17 indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Juez que la suscribe en audiencia pública y en el día de su fecha. Doy fe. En Oviedo-Asturias.

