



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 OVIEDO

SENTENCIA: 01793/2018

C/ CONCEPCIÓN ARENAL N° 3, QUINTA PLANTA 33071, OVIEDO (ANTES COMANDANTE CABALLERO)

Teléfono: 985968894/95, Fax: 985968897

Equipo/usuario: MGB

Modelo: N04390

N.I.G.: 33044 42 1 2017 0013282

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0003750 /2017

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS

DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a. MIGUEL ANGEL FERNANDEZ RODRIGUEZ

Abogado/a Sr/a. FRANCISCO BALLESTEROS VILLAR

DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

Procurador/a Sr/a. SALVADOR SUAREZ SARO

Abogado/a Sr/a. LETICIA DELESTAL GALLEGO

SENTENCIA N° 1793

En Oviedo, a 20 de abril de 2018.

Vistos por **D.ª MARÍA LUZ RODRÍGUEZ PÉREZ**, Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Oviedo los autos del Juicio ordinario n° 3750/17 seguidos a instancia **D.ª**.

, representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Fernández Rodríguez y con la asistencia del letrado Sr. Vallesteros Villar, frente a la entidad **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Suárez Saro y con la asistencia letrada de Sra. Delestal Gallego, en el ejercicio de la acción de nulidad y reclamación de cantidad, vengo a dictar la presente sentencia sobre la base de lo siguiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales Sr. Fernández Rodríguez, en la representación indicada, se presentó demanda de Juicio ordinario, que turnada correspondió al presente Juzgado, en la que tras formular las alegaciones de hecho y de derecho que estimó oportunas, concluyó suplicando que se dictase sentencia por la que se acogiesen los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda presentada se dio traslado a la parte demandada, emplazándola para que en el plazo de veinte días contestara a la misma, lo que verificó en tiempo y forma, convocándose por diligencia de ordenación a las partes a la audiencia previa.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



TERCERO.- En el día y hora señalada, comparecieron ambas partes que se ratificaron en sus escritos, siendo admitida prueba documental solicitada por ambas partes, previo recibimiento a prueba, quedando los autos vistos para sentencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 429.8 de la LEC.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Ejercita la parte actora a medio de su escrito rector acción de nulidad de la cláusula financiera **3ª.3** del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con la entidad demandada con fecha 9 de noviembre de 2009 que establece un límite al interés variable pactado, considerando que la citada cláusula tiene la consideración de condición general de la contratación por ser incorporada y predispuesta en la relación contractual por la entidad demandada sin que existiera ni la más mínima negociación individual ni información alguna. La referida cláusula establece: " No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,25 por ciento" .Solicita asimismo la parte actora la nulidad del acuerdo de fecha 28 de mayo de 2014 por el que se suspende la aplicación de la cláusula suelo para el periodo comprendido entre 01/06/2014 y 01/06/2019 con renuncia de toda clase de reclamación judicial o extrajudicial por parte de la actora.

Por su parte la entidad demandada, se opone a la pretensión ejercitada de contrario alegando la validez del acuerdo novatorio y de renuncia de acciones, al tiempo que mantiene la validez de las cláusulas suelo, la superación del control de transparencia así como la negociación de la misma.

Dicho acuerdo fechado el 28 de mayo de 2014 y suscrito por ambas partes se acuerda la suspensión temporal del límite mínimo pactado durante un periodo de cinco años, concretamente del 1 de junio de 2014 al 1 de junio de 2019, comprometiéndose la actora a renunciar a cuantas reclamaciones judiciales o extrajudiciales tuviese planteadas en ese momento por el mismo asunto ante su entidad o ante cualquier institución u organismo, y a no plantear nuevas reclamaciones en relación con el mencionado pacto.

Pues bien, comenzando por el análisis de este último acuerdo procede traer a colación la sentencia de fecha 17 de octubre de 2017 dictada por la Sec. 4ª de nuestra AP que establece: "Esta Sala, en sentencias de 3 y 14 de febrero y 6 de este mes de octubre, todas ellas de este mismo año 2017, ha venido matizando el criterio a seguir en esta clase de novaciones, a fin de evitar que se traduzcan en una moderación de una cláusula nula de pleno derecho, moderación prohibida tanto por la doctrina del TJUE como por el art. 83 de la Ley de Consumidores. Se está ante acuerdos en los que de ordinario el consumidor ya es consciente de las consecuencias económicas negativas de la aplicación de la cláusula suelo, pero no lo es de su falta de validez jurídica y los efectos que reporta esa



nulidad. De hecho, parece impensable que el cliente, en una negociación individualizada y con conocimiento de su alcance, aceptara libremente un acuerdo de esta naturaleza, que le es claramente perjudicial. De ahí que estas novaciones, se dice en las sentencias indicadas, sólo podrían tenerse por válidas cuando se demostrara, por un lado, que vienen precedidas de un pleno conocimiento por parte del consumidor del carácter abusivo, alcance y efectos de la cláusula que se pretende modificar; y, por otro, que el pacto no obedezca a una imposición de la entidad bancaria, a fin de lograr así sustraerse de las consecuencias de la nulidad.”

Estos últimos presupuestos no se dan en el presente caso. No se discute la condición de consumidores de la demandante. Consta, por otra parte, que cuando firmaron el acuerdo y renuncia indicados ya era conocedora de las consecuencias económicas negativas de la cláusula suelo (mantenimiento de las cuotas pese a las bajadas del Euribor), pues así lo reconocen en el hecho segundo de la demanda; pero lo que no aparece en forma alguna acreditado es que fuera consciente de su absoluta falta de validez y eficacia. En ningún modo se ha acreditado que el Banco les hubiera informado mínimamente de la transcendencia que suponía la firma de dicho documento, ni antes de suscribirlo ni al tiempo de hacerlo, pese a su relevancia notoria en la privación de los derechos que asistían a los clientes, ni tampoco el asesoramiento de un Letrado previo ni en el momento de la firma, lo que difícilmente se compadece con la prestación de un consentimiento libre e informado que la doctrina del TJUE viene exigiendo para la validez de la renuncia de derechos ante una cláusula abusiva, y ello en tanto en cuanto sólo así se acierta a comprender la aceptación de un acuerdo que se traducía en una suspensión temporal del límite del tipo de interés mínimo y una renuncia a reclamar sin establecer percepción dineraria alguna por el lapsus de tiempo en que se aplicó aquella, lo que no viene sino a confirmar el desconocimiento y falta de información de la parte actora en el momento de suscribir dicho acuerdo por lo que dicho acuerdo debe considerarse nulo y por tanto carente de validez. A las consideraciones anteriores nada obsta que dicho acuerdo se haya articulado a medio de carta dirigida a la entidad bancaria en tanto en cuanto dicho formato no permite descartar su redacción por el banco y puesta a la firma del cliente.

SEGUNDO.- En orden a las cláusulas suelo viene reiteradamente establecido por el Tribunal Supremo que, si bien su carácter de elemento esencial del negocio impide su control de abusividad en cuanto al contenido, si que es posible y debido el de transparencia o comprensibilidad real, que se concreta en que al propio de incorporación de toda condición general (que se identifica con el documental y de legibilidad y comprensibilidad gramatical de la cláusula) deba sumarse otro posterior, el de comprensibilidad real de su significado en el juego económico del contrato, que se proyecta sobre el



predisponente de un modo objetivo, imponiéndole el deber de su consecución tanto en el curso de la oferta comercial como, después, en la reglamentación seriada del contrato (STS 8/9/2014).

El control de inclusión de las condiciones generales de contratación (también denominado doble control de transparencia en la STS de 9 de mayo de 2013) debe cumplir con las normas de incorporación y de transparencia propiamente dicha.

Tal como ha precisado tanto la jurisprudencia del TJUE como las Sentencias de Tribunal Supremo deben diferenciarse ambos aspectos, así respecto de lo que es el control de incorporación ya la STS de 9 de mayo de 2013 señalaba control de incorporación, atiende a una mera transparencia documental o gramatical, señalando que " 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", y así se precisa en la STS de 25 de febrero de 2015 que "no basta que se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC) " y la STS de 29 de abril de 2015 reitera que el control de incorporación atiende a una mera transparencia documental o gramatical. Ente mismo sentido se pronuncian las STJUE de 30 de abril de 2014 , afirma que " 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 " (párrafo 71) y reitera la STJUE de 23 de abril de 2015 , no basta con que" la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical". Por el contrario el control de transparencia exige en relación a este tipo de cláusulas que tal como señala la citada STS de 25 de febrero de 2015 "no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio " o como señala la STS de 29 de abril de 2015 es preciso que dichas condiciones " sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal clausula le supondrá " y por tanto, concluyen ambas Sentencias " estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación ". En el ámbito de la Unión Europea las STJUE 26 de febrero y 23 de abril de 2015 establecen la necesidad de "que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al





que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él".

Todas estas consideraciones han sido reiteradas en la reciente Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 sobre la demanda de acción colectiva formulada por la Organización de Consumidores y Usuarios contra las entidades Banco Popular Español, S.A., y el BBVA, en que se solicitaba la declaración de abusividad y nulidad entre otras cláusulas, y por lo que refiere a la primera de las entidades de la relativa a los " Límites a la variación del tipo de interés aplicable ", en la que si bien reconoce que en su redacción es más clara gramaticalmente en cuanto a su formulación que la utilizada por otras entidades (incluida la utilizada por el BBVA) no supera el control de transparencia en que lo determinante es que no se ha acreditado que la cláusula en cuestión fuera negociada individualmente, sino que fue impuesta y predispuesta por la entidad prestamista, y que lo que la transparencia garantiza es que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto; y añade que " La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que "convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euribor)". Es decir, la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente ".

En el supuesto de autos el actor, que formalizó con la entidad demandada escritura pública de préstamo hipotecario en fecha 9 de noviembre de 2009 actuó como consumidor bajo el paraguas protector de su especial regulación. En este sentido es preciso acudir a la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo (de 26 de octubre de 2006, y de 4 de junio y 6 de octubre de 2009) y en consecuencia con ella la sentencia del TS de fecha 9 de mayo de 2013 que entienden aplicable la directiva 93/13 CEE para garantizar la protección del consumidor que se halla en situación de desequilibrio, haciendo hincapié en la fase de negociación e información antes de adherirse a las condiciones estipuladas de forma general.



En el supuesto de autos no se discute la condición de consumidor del actor. Como señala, entre otras, la sentencia

de Pleno del TS de 3-6-2.016, conforme a lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1.993/13/CEE , «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». En este sentido como señala la sentencia de nuestra AP de fecha 6 de julio de 2017 (sec 5ª), "esta Sala ha venido entendiendo en sentencias 241/2.013, de 9 de mayo (RJ 2.013 , 3 . 088) , 222/2.015, de 29 abril , y 265/2.015, de 22 de abril (RJ 2.015, 1.360), que hay «imposición» de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente, como es el caso en que no consta acreditada la negociación. Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, y se excluya el control de abusividad, «es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario» (sentencia 265/2.015, de 22 de abril). Como señala la citada sentencia 265/2.015, de 22 de abril , «[e]s un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (art. 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 TRLGDCU (RCL 2.007, 2.164 y RCL 2.008, 372)) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. En el supuesto de autos, dada la ausencia probatoria en orden a acreditar dicho extremo, no cabe considerar acreditado el carácter negociado de la cláusula cuya nulidad se insta conforme a la doctrina anteriormente referida.

La redacción de la cláusula y la forma de incorporación de la misma es el aspecto fundamental a examinar en conexión con la doctrina anteriormente expuesta. Ante la contradicción entre lo expuesto en sus escritos iniciales por ambas partes, es preciso acudir a la documental obrante en autos, para inferir que por la parte demandada no se ha aportado prueba alguna acerca de la negociación de la cláusula por cuanto no obstante mantener la parte demandada que dicha cláusula fue objeto de negociación, ni sobre su obligación de aportar información documental, escenario de simulación, y demás explicaciones amplias y suficientemente detalladas para que

además de la propia transparencia de la cláusula en sí, supere el filtro de comprensibilidad de los clientes.

Resulta huérfano de toda prueba que dicha cláusula fuese negociada y que con carácter previo al otorgamiento de la escritura se facilitara al demandante, por escrito, un folleto informativo, una oferta vinculante con el detalle de las condiciones financieras ni ningún otro tipo de documentación precontractual. Tampoco se ha justificado la existencia de explicaciones contables del funcionamiento de la cláusula controvertida, ni se han aportado a los autos documentos que acrediten que, por parte de la entidad demandada, se ofreciera a la parte actora alternativa alguna a la finalmente contratada, sin que pueda derivarse en el Notario un deber de información que sólo correspondía cumplir a la entidad financiera. Dentro de la obligación informativa que le correspondía a la entidad bancaria no se considera acreditado por carecer de toda prueba que dicha cláusula fuese objeto de las explicaciones adecuadas para que las demandantes conociesen las repercusiones que la aplicación de la misma conllevaría. Por otro lado, la referida cláusula se impone entre una pluralidad de estipulaciones acerca de la determinación del interés variable.

De todo lo expuesto, se infiere que las características de la cláusula examinada, vulnera la normativa de Defensa de los consumidores y usuarios vigente en el momento de formalización del acuerdo (art 80.1 en relación con el art 82.1 TRLCU)), exigía para las repercusiones legales de la misma, determinando ello la consecuente nulidad de pleno derecho de esa cláusula, dejando vigente y con plenos efectos el resto del contrato. Este examen de transparencia no hace más que seguir lo estipulado para todas las cláusulas homogéneas en la propia Sentencia del Supremo de 9 de mayo de 2013: "a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad - caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. e) En el caso de las examinadas, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor"

Por otro lado, aunque la redacción de la cláusula litigiosa es inicialmente sencilla, lo cierto es que aparece inserta dentro de la cláusula tercera, de gran extensión entre otras muchas, y si bien se recoge bajo la rúbrica de Límite a la variación del tipo de interés aplicable que aparece en negrita así como el porcentaje, a lo largo de dicha cláusula aparecen destacados igualmente otros títulos y datos económicos provocando con ello que la inicial sencillez de la cláusula suelo aisladamente considerada desaparezca en el conjunto de cláusulas incorporadas a la escritura, al estar ubicada entre numerosos datos entre los que queda enmascarada, sin darle la relevancia que tiene en tanto se refiere a un elemento esencial del contrato como es el precio, diluyendo la atención del consumidor.



En cuanto a las consecuencias de la citada nulidad, se debe acudir a lo dispuesto tanto en el art. 1303 del C.c, como en la STJUE de 21 de Diciembre del año 2016, es decir, la entidad demandada deberá abonar a la parte actora las cantidades cobradas a los mismos como consecuencia de la aplicación de la citada cláusula, desde la formalización del préstamo y hasta su eliminación, más los intereses legales desde cada uno de los cobros 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.- Dada la íntegra estimación de la demanda, las costas procesales serán a cargo de la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

QUE ESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por el Procurador Sr. Fernández Rodríguez en representación de D^a.

contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A **DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula financiera 3^a.3**, que incorpora la cláusula suelo, incluida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 9 de noviembre de 2.009, así como la nulidad del pacto suscrito por ambas partes en fecha de fecha 28 de mayo de 2014, teniendo dicha cláusula por no puesta , **CONDENANDO a dicha demandada a recalcular la liquidación del préstamo y a reintegrar todas las cantidades indebidamente cobradas a la actora en virtud de la aplicación de la citada cláusula**, más los intereses legales desde cada uno de los cobros y hasta la presente sentencia, y, desde la misma y hasta el completo pago, los intereses legales incrementados en dos puntos, con imposición de costas 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. 3750.17 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.

