

ERA INSTANCIA N.11 (BIS)



MURCIA

SENTENCIA: 00087/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0001316 /2017

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE D/ña.

Procuradora Sra.

Abogado/a Sr/a. RODRIGO PEREZ DEL VILLAR CUESTA, RODRIGO PEREZ DEL VILLAR CUESTA

DEMANDADO BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Procuradora Sra.

Abogado/a Sr/a.

En Murcia, a once de febrero de dos mil diecinueve.

S.S^a. Iltma. , Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número once (bis) de esta Ciudad, vistos los presentes autos de Juicio Declarativo Ordinario número 1316/2017 en materia de NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN PRESTAMOS CON GARANTÍA INMOBILIARIA CONCERTADOS POR PERSONAS FISICAS seguidos a instancia de Don

con la representación del Procurador/a Doña y la asistencia del Letrado/a Don Rodrigo Pérez del Villar Cuesta contra Banco Popular S.A., representada por la Procuradora Doña y asistida por el Letrado Don ; ha dictado EN NOMBRE DE S.M. EL REY la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador/a indicado en nombre y representación de la persona reseñada en el encabezamiento formuló demanda de Juicio Ordinario contra la entidad bancaria indicada en ejercicio de acción de nulidad de condiciones generales de la contratación en préstamos con garantía inmobiliaria suscritos por personas físicas.



Tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó con la súplica de que se dicte sentencia estimando la demanda declarando la nulidad de las cláusulas contractuales objeto de demanda (cláusula suelo) con la condena al pago de las cantidades establecidas en dicho suplico, más intereses y costas procesales.

SEGUNDO.- Admitida la demanda, se acordó el emplazamiento de la parte demandada para que dentro del término legalmente establecido compareciera en forma y contestara a la demanda.

Transcurrido el plazo, se declaró a la demandada en situación de rebeldía procesal.

Con posterioridad, compareció el Procurador/a indicado en nombre y representación de la parte demandada.

TERCERO.- Convocadas las partes a celebración de audiencia previa comparecieron ambas, con sus representaciones y defensas. Tras intentar, sin éxito, un acuerdo, la parte actora se ratificó en su demanda.

Recibido el pleito a prueba, la parte actora propuso prueba documental y la demandada, prueba documental, la que fue admitida. Tras efectuar las partes sus conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado en esencia las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Planteamiento del debate.

Se ejercita en la demanda acción de nulidad, por carácter abusivo, de la denominada cláusula "suelo" o de limitación de la variabilidad del tipo de interés contenida en la Escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes en fecha 8 de julio de 2004.

La cláusula "suelo", está incorporada en la estipulación relativa al interés remuneratorio: "**Por la presente, los comparecientes acuerdan establecer un tipo de interés mínimo del 3,50% a aplicar durante toda la duración del préstamo de tal forma que si el tipo de interés resultante de la revisión pactada para el presente préstamo es inferior al 3,50% se aplicará en su lugar este último**".



SEGUNDO.- Primer control de incorporación aplicable a todas las condiciones generales de la contratación.

Conforme al art. 1 de la Ley 7/98 son condiciones generales de la contratación aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes (el predisponente) a la otra parte (adherente) 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.

Toda condición general de contratación, para que quede incorporada al contrato, debe reunir los requisitos contenidos en los arts. 5 y 7 de la Ley 7/98 independientemente de que el adherente sea un consumidor o no. Por su parte, el art. 80.1 del TR 1/2007 de la Ley de Consumidores y Usuarios (TRDCU) especifica, dentro de su ámbito de aplicación, los requisitos de este primer control de incorporación en caso de contratos con intervención de consumidores.

Se trata, en definitiva, de requisitos de redacción y de aceptación destinados a que se verifique LA POSIBILIDAD REAL de haber sido conocidas y aceptadas por el adherente, esto es:

-su efectiva inclusión o incorporación a fin de considerarlas aceptadas y, por tanto, parte del contrato.

-que las cláusulas que sean objeto de adhesión estén redactadas de forma clara, transparente y sencilla.

En el presente caso, no hay razones para estimar que la cláusula que nos ocupa no cumpla este control pues la misma se encuentra incorporada a la escritura, aceptada por el prestatario mediante su firma y, desde el punto de vista gramatical, es comprensible.

TERCERO.- Examen de la cláusula suelo o de limitación de la variabilidad del tipo de interés.

Si bien el art. 4.2 de la Directiva de Consumo de 1993 no fue objeto de trasposición expresa a nuestro Derecho, nuestro Tribunal Supremo ha dejado claro que no pueden ser objeto de control judicial de contenido (esto es, de "desequilibrio de derechos y obligaciones" determinante de su carácter abusivo conforme al art. 82 del TRDCU) aquellas estipulaciones que



regulen los elementos esenciales del contrato ni la adecuación del precio al bien o servicio prestado.

Se deduce claramente que la finalidad de esta norma de la Directiva no es otra que la de evitar un control judicial de los "precios", lo cual corresponde exclusivamente al mercado sin que, en definitiva, se disponga de parámetros jurídicos para poder someter a control estos elementos contractuales sujetos, en puridad, a la libertad contractual entendida como opción del consumidor de contratar un producto o servicio determinado en relación con lo que ofrezca la competencia.

Y, en cuanto a la cláusula suelo, como ha resuelto el Tribunal Supremo (en S. de 9 de mayo de 2013 y posteriores de 16 de julio de 2014, 24 de marzo de 2015, 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016) se trata de una cláusula reguladora de un elemento integrado en el objeto esencial del contrato de préstamo (el interés remuneratorio) y excluido, pues, del control de contenido propio de los elementos accesorios.

Ahora bien, las referidas SS. establecen que ello no supone que el sistema no someta esta cláusula, además de al control de transparencia formal o documental (aplicable a todas las condiciones generales de la contratación referido en fundamento de derecho anterior) sino a un segundo control de transparencia que implica un filtro de suficiencia de información que permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y comprender su trascendencia en el desarrollo razonable del contrato, esto es, su validez depende del perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente.

Por tanto, este filtro de suficiencia de información se configura como una suerte de CONTROL CUALIFICADO DE TRANSPARENCIA que va más allá de comprobar si el consumidor ha tenido la posibilidad formal -accesibilidad, legibilidad, claridad gramatical- de conocer la cláusula por cuanto ha de verificarse que haya tenido un conocimiento real y efectivo, esto es, UNA COMPRENSIBILIDAD REAL DE LA IMPORTANCIA DE LA CLÁUSULA, basada en la suficiencia de información, del contenido de la misma, tanto en su carga económica como jurídica y, en consecuencia, ha aceptado conscientemente el despliegue de su eficacia.

Por tanto, conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en las SS. reseñadas y otras posteriores, este control se caracteriza por las siguientes notas:

-Se aplica en relación con cláusulas reguladoras de elementos esenciales del contrato, las cuales, si bien están exentas del control de contenido en base a principios básicos de libertad de mercado, "implican inopinadamente una



alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, provocan una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo del precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”.

-Se trata, pues, de comprobar, que el adherente haya tenido la información suficiente para haber optado por la modalidad de contrato finalmente concertado frente a otras posibilidades o modalidades u otras opciones de la competencia, esto es, “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”.

-Se basa este control en que la exigencia de TRANSPARENCIA, como viene poniendo de manifiesto el TJUE en muchas de sus resoluciones (por ejemplo, S. de 30 de abril de 2014 sobre conversión de divisa extranjera) no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical. Por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por 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, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva. Y, cuando se trata de cláusulas que afectan a elementos esenciales, dicha información es vital para que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, el funcionamiento de la cláusula en cuestión y las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Por tanto, en el caso precitado, el Tribunal de la Unión Europea resuelve que “la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo”. En los mismos términos, la STJUE de 23 de abril de 2015 y otras posteriores, como la de 21 de diciembre de 2016 y 26 de enero de 2017.

-Y, finalmente, el Tribunal Supremo español ha optado por restringir este control cualificado de transparencia a los contratos con intervención de consumidores, esto es, ha



incluido este control (si bien, con sus características especiales) dentro del control de contenido o también denominado de abusividad y no en el general de incorporación, dejando claro que no cabe su extensión a adherentes que no tengan la consideración de consumidores. Lo expresa sin ningún género de dudas la S. de Pleno de 3 de Junio de 2016 al advertir, en su fundamento cuarto, "que este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional y, por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en los contratos celebrados con consumidores.... Es más, como hemos resaltado en varias de la sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, entre los varios ofertados".

En resumen, siempre y cuando el prestatario sea un consumidor, la cláusula no resistirá este control cualificado de transparencia por el solo hecho de que el prestatario hubiera conocido que su préstamo contaba con una cláusula suelo. Por ende, ni es suficiente con que ya estuviera esta cláusula referida en la oferta (o solicitud) de préstamo ni es suficiente con que el Notario se lo hubiera advertido al prestatario en el momento de otorgamiento de la Escritura. Ni siquiera es suficiente la circunstancia de que el adherente hubiera tenido a su disposición la minuta o borrador de la Escritura días antes de su firma. Estas circunstancias, por sí solas, no colman el deber de transparencia (STS. de 16 de noviembre de 2017).

De lo que se trata es de que la entidad prestamista, en primer lugar, dé un tratamiento principal a esta cláusula como definitoria del precio del contrato y, en segundo lugar, en orden a asegurar al prestatario la COMPENSIBILIDAD MATERIAL de la cláusula, su funcionamiento y su trascendencia, haya desplegado, debidamente, su obligación informativa. Y esta obligación informativa, además, debe ser PRECONTRACTUAL revistiéndose de una importancia fundamental para el consumidor "disponer, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información".

Así, la STS. de 7 de noviembre de 2017 insiste en que "la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se



puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato”.

Y, así las cosas, los factores (no necesariamente acumulativos) que el Tribunal Supremo resuelve que deben valorarse en cuanto a la información que debe ser proporcionada al consumidor, son:

-en primer lugar: que estas cláusulas “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”. Por tanto, ha de valorarse tanto la ubicación de la cláusula entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyan la atención del consumidor, como su inserción de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

-en segundo lugar: la falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, la cual cabe ser predicada si: a) no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; b) no se efectúa un 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; c) se crea 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; d) se crea la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

Por tanto, sólo en el caso de que se pruebe por el prestamista una verdadera y genuina negociación individual de la cláusula (en cuyo caso, en realidad, ya no sería aplicable el control de contenido, sólo predicable para condiciones no negociadas individualmente) o, en su caso, el haber desplegado frente a su cliente una información cumplida de la cláusula en los términos aludidos, cabría entender válida la misma (STS de 9 de marzo de 2017) en cuyo caso sí podría ser un elemento a valorar la labor del Notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la



información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia pero, como advierten las SS. de 8 de junio y 7 de noviembre de 2017, "lo anterior no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir".

CUARTO. - No alegada ni probada la negociación individual, procede analizar si la cláusula en cuestión cumple el control cualificado de transparencia y, para ello, ha de valorarse:

1º.- La redacción y ubicación de la cláusula en la Escritura constatan que se encuentra "enmascarada", esto es, entre una serie de epígrafes reguladores del tipo de interés remuneratorio (diversos apartados) se incluye, de forma diluida, la limitación de la variabilidad del interés según la redacción transcrita en fundamento primero. Así, no se destaca esta cláusula como expresamente limitativa encontrándose oculta entre una profusa regulación de cláusulas financieras sobre el interés remuneratorio sin que haya sido tratada con la importancia propia de una cláusula principal.

Por tanto, su ubicación y redacción facilitaban que pasara inadvertida a la parte prestataria y no pudiera percatarse de la verdadera carga económica y jurídica que implicaba.

2º.- No se ha justificado, de manera alguna, un despliegue informativo sobre su funcionamiento y consecuencias (simulaciones, costes comparativos.. etc.) sin haber quedado desvirtuada la apariencia de que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirían, en todo caso, en beneficio del prestatario, lo que no era cierto.

En resumen, no se ha probado por la demandada haber dado cumplimiento a la obligación informativa ya descrita en su alcance en fundamentos anteriores y que, se insiste, debió ser precontractual, esto es, antes de otorgar la Escritura de subrogación y novación pues, como manifiesta la STS citada de 24 de noviembre de 2017, la obligación de información precontractual corresponde al Banco y no puede ser interpretada como una obligación del adherente de procurarse, por sí, tal información, lo que supondría, de aceptarse, una infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del propio TJUE "puesto que a la falta de información clara y precisa por parte del predisponente sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, determinante de la falta de transparencia, siempre podría oponerse que el adherente pudo conseguir por su cuenta tal información".



Conclusión: al no verificarse los requisitos del control cualificado de transparencia que nos ocupa la cláusula es nula.

Y dicha nulidad es absoluta o de pleno derecho, esto es, deriva directamente de la ley y, por ende, tampoco es susceptible de convalidación ni confirmación por el paso del tiempo. En consecuencia, el ejercicio de la acción para que se declare la nulidad no está sujeto a plazo de prescripción ni de caducidad alguno ni, por tanto, al de cuatro años del art. 1.301 del C.c., el cual resulta de aplicación a los supuestos de anulabilidad por vicio en el consentimiento (error o dolo), distinto a la nulidad de pleno derecho de la cláusula que nos ocupa.

Y, en cuanto a las consecuencias de la nulidad de la cláusula, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 1.303 del C.c. y, por tanto, el efecto restitutorio opera "ex lege" (no sujeto, si quiera, a petición expresa) **debiendo devolverse o restituirse las cantidades percibidas, con sus intereses, desde que las mismas fueron cobradas por el Banco.**

Y, además, conforme ha resuelto la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (de la que ya se ha hecho eco nuestro Tribunal Supremo), la restitución de cantidades -como efecto de la nulidad- debe ser total, esto es, sin limitación en el tiempo, en tanto en cuanto una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor.

Por todo lo expuesto, la demanda debe ser estimada y la restitución de cantidades debe efectuarse conforme a las siguientes bases de liquidación:

La diferencia entre las cantidades efectivamente percibidas por la demandada en concepto de intereses remuneratorios **desde que debió comenzar a aplicarse el interés variable según lo pactado en la escritura** y las que debieron percibirse sin aplicación de la cláusula declarada nula, al tipo pactado de Euribor a un año más el diferencial pactado. Sin perjuicio de las bonificaciones que se hubieran pactado.

En cuanto a intereses, se devengarán los legales del importe cobrado en exceso, desde dicho cobro hasta su devolución.

Desde el dictado de la sentencia, dichos intereses serán los del art. 576 de la LEC.

Y el hecho de que el préstamo se encuentre cancelado por pago no tiene incidencia en la resolución de este litigio. Al respecto, como a lo largo de esta resolución se ha hecho



hincapié (razón por la cual se ha dejado esta cuestión para resolver al final) la nulidad de una cláusula por carácter abusivo (control de contenido o, en caso de cláusula suelo, control cualificado de transparencia) es ABSOLUTA o de pleno derecho pues resulta de la infracción de normas inequívocamente pertenecientes al orden público. Lo ha proclamado, además, el TJUE en S. de 21 de diciembre de 2016 (la infracción del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una infracción de normas de orden público) reiterando lo ya dicho en SS. anteriores, como la del caso de 6 de octubre de 2001, del caso Pannon de 3 de junio de 2009 y del caso Asturcom, de 6 de octubre de 2009.

Y el TJUE, de manera reiterada, insiste en que la consecuencia de la nulidad de una cláusula, por abusiva, es la de que no vincule al consumidor debiendo ser restablecida la situación de hecho y derecho en que se encontraría el consumidor si la cláusula nunca hubiera existido para lograr el efecto disuasorio.

Y nuestro Tribunal Supremo, en S. de 16 de octubre de 2017 ratifica (en un caso de cláusula suelo), que la nulidad es DE PLENO DERECHO, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva.

Por tanto, si la categoría de nulidad es la absoluta, la misma no admite convalidación y resulta invocable aun cuando el contrato haya concluido o haya quedado consumado o extinguido por voluntad de las partes en la medida en que se hayan producido efectos que haya que revertir, lo que es el caso.

QUINTO.-Costas procesales.

La estimación de la demanda determina, por aplicación del art. 394 de la LEC, la condena en costas procesales a la parte demandada.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Doña _____ en nombre y representación de Don Banco Popular S.A., representada por la Procuradora Doña _____ y Doña _____ contra _____ ; debo declarar y declaro nula la cláusula suelo contenida en la Escritura reseñada en fundamento primero, la



cual no producirá ningún efecto, con condena a la demandada a restituir a la parte actora las cantidades que resulten de la aplicación las bases de liquidación establecidas en el fundamento de derecho correspondiente, con sus intereses; con imposición de costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer en este Juzgado recurso de apelación en el plazo de veinte días desde la notificación, que será resuelto por la Iltma. Audiencia Provincial de Murcia.

Será requisito preciso para tener por interpuesta la apelación la constitución de un depósito de CINCUENTA EUROS en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, lo que así habrá de acreditarse, sin el cual no se dará trámite al recurso.

Inclúyase la presente en el libro de sentencias poniendo en las actuaciones certificación de la misma.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

