



Roj: **SJM S 4409/2016 - ECLI:ES:JMS:2016:4409**

Id Cendoj: **39075470012016100010**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2016**

Nº de Recurso: **520/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **CARLOS MARTINEZ DE MARIGORTA MENEDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado Mercantil de Cantabria.

JUICIO ORDINARIO 520/2015.

SENTENCIA N.º

Magistrado Juez: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta Menéndez.

Demandante: Dionisio y Erica .

Procuradora: Elena Morales Romero.

Letrada: María Aranzazu Jurado Alcoriza.

Demandado: Banco Santander S.A.

Procurador: Raúl Vesga Arrieta.

Letrado: Manuel García Villarubia Bernabé.

Objeto del Juicio: Declarativa de nulidad de condición general.

En Santander a 14 de diciembre de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 9-7-2015 la indicada representación de la parte actora, presentó demanda ante este Juzgado en la que con fundamento en los hechos y fundamentos legales que cita se concluía solicitando sentencia por la que se declarase la nulidad de de pleno derecho de las cláusulas 3.1 AMORTIZACIÓN, en sus apartados 1 al 3 y 5 al 7, 3ª.- INTERESES ORDINARIOS, en su apartado 3.1.- Tipo de interés y forma de cálculo, y 3ª BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE, en sus apartados 3 bis. 1.- Periodicidad de las revisiones y 3.bis.2.- Diferenciales y redondeos, con condena a la devolución de cantidades sin aplicación de interés con carácter principal y subsidiariamente con los resultantes de aplicar un diferencial del 1% sobre el tipo de referencia Euribor, e imposición de costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para que se personara en autos y la contestara, lo que hizo en tiempo y forma en el sentido de interesar la desestimación de la demanda.

TERCERO.- Celebrado el acto de audiencia previa fueron citadas las partes a la vista que se celebró el día 28 de septiembre de 2016, quedando los autos pendientes de sentencia tras la práctica de la prueba e informe de las partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Posiciones de las partes.



1. La perspectiva jurídica con la que se enfoque la pretensión es especialmente relevante en el caso presente, en el que al momento de la constitución de la litis el art 86 ter LOPJ únicamente atribuía competencia objetiva a este órgano respecto de acciones sobre condiciones generales de la contratación, quedando fuera de tal competencia so pena de nulidad ex art 48 LEC, las pretensiones de nulidad por abusividad, por error vicio o defecto en el consentimiento y en general toda nulidad contractual que no fuera la derivada de la anulación de una condición general que afectase a la viabilidad del contrato en su conjunto. En este sentido la Audiencia de Cantabria, sección 4ª, ha sentado claros criterios (sentencia de 6 de febrero de 2015).

2. Para sustentar la petición de nulidad de las cláusulas que infra se examinarán, la fundamentación jurídica del escrito rector se estructura del modo siguiente:

Acción de nulidad de condiciones generales por infracción de norma imperativa del art 8.1 ley 7/98 en relación con la diversa normativa sectorial bancaria (ley 26/88, circular 8/90 de 7 de septiembre, Orden Ministerial de 5-5-94, ley 36/03 de 11 de noviembre, ley 2/09 de 31 de marzo).

Acción de nulidad del art 8.2 ley 7/98, es decir, nulidad de condición general en contrato con consumidor por abusividad conforme al TRLGDCU -si bien este apartado de la fundamentación jurídica no pasa de exponer preceptos generales del referido texto refundido-.

No superación del control de incorporación de todas las cláusulas objeto del pleito (las 9), afirmando, sin desarrollo argumental al respecto, que todas ellas describen o definen el objeto principal del contrato, al no haber mediado oferta vinculante previa a la firma de la escritura y no haber sido informados del riesgo del tipo del producto (previsible evolución de los tipos de interés, conveniencia del producto frente a las hipotecas tradicionales, simulaciones sobre los efectos en el coste total del préstamo teniendo en cuenta el sistema de amortización previsto, etc.).

No superación del control de transparencia reforzado y abusividad. Es aquí donde se afirma el carácter predispuesto e impuesto (nuevamente de todas las cláusulas, sin distinción, y partiendo del carácter notorio de la naturaleza de condición general del íntegro contenido de los contratos masa propios del sector bancario), que causaría un desequilibrio importante contrario a la buena fe, y donde tras la reiteración de los mismos argumentos (falta de información y de comparación con otros productos) cifra el perjuicio al consumidor en el hecho de que el sistema de amortización supone que estando al corriente en el pago de las cuotas, de los 65.000 € pagados, solo 5.000 € se habían imputado a amortización de capital.

3. Entiendo según lo expuesto que se están ejercitando las dos acciones previstas en el art 8 de la ley 7/98, en su apartado 1, por infracción de la propia ley 7/98 (arts 5 y 7 y control de incorporación) o cualquier otra imperativa (la normativa sectorial bancaria), y en su apartado segundo (en particular para el caso de consumidores, infracción del TRLGDCU).

4. Los efectos que la demanda pretende son, con carácter principal, el mantenimiento del contrato sin obligación de abono de intereses, partiendo del carácter accesorio de esta obligación en la configuración legal del préstamo en los arts 1755 CC y 395 CCo, y en el efecto disuasorio de la directiva 93/13, y subsidiariamente, la fijación de un interés Euribor + 1 (el previsto en el contrato para la fase de interés variable según el sistema de amortización establecido a partir de 1 de enero de 2018). Con devolución de cantidades o en su caso imputación al capital pendiente.

5. Del relato de hechos de la demanda, cabe inferir que los actores someten a los parámetros que el TS ha sentado a partir de la sentencia de 9-5-2013 las cláusulas relativas a la amortización y al tipo de interés, tanto en los primeros 10 años del préstamo (donde el interés es fijo), como en el resto de vida del contrato (donde es variable Euribor + 1). El argumento recurrente es la falta de información previa que permitiera comparar el préstamo suscrito con otros más habituales (el de tipo variable en toda la extensión), y la supuesta actuación del banco que con conocimientos de una previsible situación de bajada de tipos consigue con el préstamo concurrente beneficiarse a todo evento en perjuicio del prestatario, con indeterminación en el número de cuotas, el principal a devolver, la parte de cuota destinada a la amortización de capital y al pago de intereses, y de la Tasa Anual Equivalente. Subyace en la demanda y en los informes la idea que el préstamo concertado resulta más perjudicial en términos económicos que una hipoteca "estándar" entendiéndose por tal la sujeta en toda su extensión a un tipo variable.

6. La argumentación no es todo lo precisa que fuera deseable, y en cualquier caso, se limita al sistema de amortización y el tipo de interés, si bien se interesa la nulidad tanto de (cláusula 3.1 sobre AMORTIZACIÓN) el plazo (1), número de cuotas de amortización, importe, periodicidad, fechas de liquidación y pago de las mismas (2), Tasa Anual Equivalente (5), aplazamiento de cuotas periódicas (6), y reembolso anticipado (7), como también de (cláusula 3ª INTERESES ORDINARIOS) en su apartado 3.1 sobre el tipo de interés y fórmula de cálculo para los 10 primeros años del préstamo, y (cláusula 3ª BIS TIPO DE INTERÉS VARIABLE) en sus



apartados 1 (periodicidad de las revisiones) y 2 (diferenciales y redondeos). La fundamentación jurídica no individualiza los razonamientos por los que cada una de las cláusulas impugnadas hubiera de resultar nula, sino que se vierten toda suerte de argumentos (desde el art 6.3 CC, la infracción del orden público, normativa bancaria expuesta en gran parte de forma abstracta y desvinculada del supuesto sometido a enjuiciamiento, hasta un amplio repaso de preceptos del TRLGDCU - ninguno más allá de su art. 82, particularmente ninguno de los supuestos del listado legal de cláusulas abusivas de los artículos 85 y siguientes-, diversos artículos del CC, y de la ley 7/98), siempre orientados a una falta de información y un quebranto en los derechos contrario a las exigencias de la buena fe derivado de la comparación con otros productos, con especial incidencia en el sistema de amortización. En lo que hace a las cláusulas sobre amortización parcial anticipada y al aplazamiento de las cuotas parece derivarse la nulidad de su inaplicabilidad al sistema de amortización de la "hipoteca tranquilidad" que aquí examinamos, partiendo de la indeterminación del número de cuotas.

6. Las partes sí se muestran conformes en considerar "elementos esenciales", entendido este término en el ámbito del art 4.2 de la directiva 93/13, todas las cláusulas impugnadas. Esta afirmación condiciona tanto el posible control de contenido, como la consideración de esencial o accidental a los efectos de mantenimiento del contrato en caso de eventual estimación de la demanda, riesgo (de restitución plena de prestaciones al no poder subsistir el contrato sin obligación de pago de interés para el prestatario) que asume la parte actora ya que queda fuera de toda duda que los intereses se pactaron y que se han venido pagando con normalidad. Sería incomprensible además de ruinoso el negocio bancario y la pérdida de disponibilidad gratuita (más que gratuita onerosa para el banco que se desprende de elevados importes que no puede diversificar y que dejan de producir rédito alguno) durante un plazo de 30 años o más. Este escenario podría abocarnos en su caso a una nulidad que afectase al contrato, con restitución recíproca de prestaciones por las partes, y a una condena a los actores a la devolución del capital recibido.

SEGUNDO.- Las cláusulas impugnadas.

1. El contrato en cuestión es una compraventa con subrogación, novación y ampliación otorgada por Construcciones Jano S.L., Banco Español de Crédito y los actores el día 21 de diciembre de 2007 ante el notario don Fernando Arroyo del Corral, en cuya estipulación " **3º . Aceptación de subrogación y novación** " se acepta por el prestamista la subrogación de los actores y se indican las reglas que regirán el préstamo (además de las previstas en el título constitutivo). Se amplía en 66.542,61 € el capital del préstamo, que asciende así a un total de 143.790,61 €.

2. La cláusula " **3.1.- AMORTIZACIÓN** " es la primera objeto de impugnación, en sus apartados:

" **1.- Plazo** : *El presente préstamo tiene un plazo de duración que podrá variar dependiendo de las variaciones del tipo de interés. Ello no obstante, dicho período no podrá sobrepasar el día 1 de ENERO de 2.048, fecha que las partes constituyen como vencimiento del presente contrato.* "

2. Número de cuotas de amortización, importe, periodicidad, fechas de liquidación y pago de las mismas :

Se indica que transcurrido el plazo de carencia (hasta 1 de enero de 2008) " *el préstamo se amortizará mediante un máximo de **480 cuotas mensuales**, comprensivas de capital e intereses, que se pagarán los días 1 de cada mes natural, siendo calculadas conforme al sistema francés de amortización.*

La primera de ellas se pagará el día 1 de FEBRERO de 2008 y la última no más tarde del indicado día del vencimiento.

Hasta el día 01 de ENERO de 2009, el préstamo se amortizará por medio de 12 cuotas de 690,19 euros cada una. A partir de esa fecha, el importe de las cuotas posteriores para cada período anual, se incrementará a razón de un 2 % anual, sobre el importe de las cuotas del período inmediatamente anterior.

El número total de cuotas que hayan de precisarse para la amortización completa del préstamo variará por causa de las revisiones del tipo de interés aquí convenidas. En consecuencia, la parte de dichas cuotas correspondiente a amortización de capital vendrá dada por la diferencia que exista entre el importe total de la cuota y los intereses que hubiera devengado el capital pendiente de pago durante el período mensual a que la cuota corresponda. "

La cláusula concluye con la previsión de que en el caso de que los intereses devengados excedieran de la cuota mensual no se amortizará capital sino únicamente intereses hasta donde alcance la cuota con anatocismo del resto, y con la indicación que llegada la fecha máxima de vencimiento, deberá pagarse con la última cuota el capital pendiente no amortizado.

" **3.- Cuotas de solo intereses, periodicidad, fechas de liquidación y pago de las mismas** ", en la que se regula un periodo de carencia de amortización de capital hasta 1 de enero de 2008 (el préstamo es de 21 de diciembre), comprensivo solo de intereses y con posterioridad al cual comenzará el periodo de amortización previsto en el punto 2.



" **5.- Tasa Anual Equivalente (TAE)** ", en la que "a efectos informativos" se da cuenta del consta efectivo de la operación, indicando que el TAE es del 5,90 %, y que variará con las revisiones del tipo de interés. Se indican los tipos de interés tenidos en cuenta, los conceptos no incluidos (diversas comisiones y gastos), y la fórmula conforme a la cual se ha realizado el cálculo del TAE.

" **6.- Aplazamiento de cuotas periódicas** " (...)

" **7.- Reembolso anticipado** " (...)

3. La cláusula " **3ª.- INTERESES ORDINARIOS** ", se impugna en su apartado " **3.1 Tipo de interés y fórmula de cálculo** : *El capital dispuesto y no amortizado del préstamo, desde el día de hoy, devengará diariamente un interés nominal anual del 5,75 % , invariable hasta el día 1 de Enero de 2018 . A partir de dicha fecha, el tipo aplicable podrá variar conforme más adelante se establece* ", transcribiendo a continuación la fórmula del cálculo del interés simple.

4. La cláusula " **3ª BIS .- TIPO DE INTERÉS VARIABLE** " se impugna en sus apartados:

" **3 bis.1.- Periodicidad de las revisiones** : *Cada período de 12 meses posterior a la fecha final del período de interés inicial que se ha indicado en la Cláusula 3ª, se denominará "período de interés "* .

" **3. Bis. 2.- Diferenciales y redondeos** : *En cada periodo de interés hasta que finalice el plazo del contrato, se aplicará un tipo de interés nominal que será la suma resultante de añadir 1 punto al "tipo de referencia" o 0,50 puntos al "tipo de referencia sustitutivo", SIN REDONDEO .* "

TERCERO.- Naturaleza de condiciones generales . La indicación de la Tasa Anual Equivalente y la fijación del precio del préstamo.

1. La demanda parte de la afirmación del carácter "predispuesto e impuesto" de todas las cláusulas impugnadas, sin mayor argumentación que la consideración como hecho notorio de la naturaleza de condición general del íntegro contenido de los contratos masa en el sector bancario. La parte demandada no se opone a esta naturaleza, y pasa a discutir los diferentes controles de incorporación y abusividad.

2. Queda fuera de toda duda la prerredacción con vocación de incorporación a una pluralidad de contratos, y no acredita la demandada (ni siquiera lo discute) el poder negociador de los prestatarios en los términos exigidos por la jurisprudencia (STS 22- 4-2015, y 3-6-2016): " *las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde 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* " .

3. Ahora bien, el primero de los requisitos para considerar que nos encontramos ante una condición general es su " *contractualidad* ", en el sentido de que reglamentan la relación jurídica entre las partes, sus derechos y deberes, dotando al contrato de un programa. Esto obviamente no quiere decir que haya sido "consentido", ya que su fuente de legitimación negocial no es el consentimiento en el sentido del art 1255 CC , sino la incorporación en forma de una regulación redactada por el proferente y aceptada, conforme a la ley 7/98, por el adherido, respondiendo a un paradigma negociador propio, ajustado a la negociación masa, y diferenciado del clásico basado en la autonomía de la voluntad de las partes

4. Considero así que la cláusula 3.1.5, sobre la Tasa Anual Equivalente, no tiene la naturaleza de condición general examinable desde la perspectiva de la acción ejercitada (como ya hemos hecho en sentencia de 31 de marzo de 2016 en autos de Juicio Verbal 35/2013 en un supuesto de acción colectiva para otro tipo de cláusulas), ya que es una cláusula meramente informativa, de la que no resulta ningún derecho u obligación para las partes (ni por lo tanto, situados en un eventual escenario de abusividad, cabría examinar ningún "desequilibrio" contrario a la exigencias de la buena fe). La propia demanda deja huérfana de argumentación esta cuestión, limitándose a destacar la "indeterminación" del TAE, al verse afectada la información que reporta por las variaciones del número de cuotas o del importe del principal.

5. Sin perjuicio de ulterior desarrollo, debe adelantarse que la indeterminación denunciada (respecto del TAE, el plazo de devolución del préstamo y el número de cuotas) es una consecuencia de la propia estructura del préstamo, que en cierto sentido es inversa a las de los préstamos que la demanda calificada de estándar o habituales. En el supuesto enjuiciado se parte de una cuota determinada desde el inicio, bien permanente e invariable, bien creciente en un 2 % anual partir de la primera cuota determinada (en un préstamo variable "estándar" la cuota variará en función de las oscilaciones del tipo de referencia), y la cuota mensual conocida se dedicará al abono de los intereses primero, y después, en lo que exceda, al capital. En lógico correlato, no puede conocerse el momento exacto de liquidación del préstamo por amortización del capital (a diferencia del préstamo variable habitual, donde sí se conoce este dato pero no el importe de la cuota). En lo que hace a



la indicación del TAE (que además advierte expresamente de su variabilidad), no se discute la corrección del cálculo realizado conforme a la Circular del Banco de España 8/1990.

6. Cuestión distinta y que no será abordada en la presente resolución por no ser propia de la acción ejercitada, para la que es competente este Juzgado y a la que contestó el demandado, es la incidencia que en la formación de su voluntad negocial hubiera podido tener una información inadecuada, engañosa, o insuficiente, de modo que no pudiera realmente venir el consumidor en conocimiento del riesgo que asume, o de cómo se realizan las amortizaciones o las liquidaciones. Esta diferencia en el enjuiciamiento según el tipo de acción ejercitada (STS 7-10-2016 -respecto del modo en que se realizan las liquidaciones de un swap y de los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente- "*el incumplimiento de los deberes de información sobre los concretos riesgos del producto contratado y las propias condiciones del swap contratado, permite presumir que en su contratación concurrió error excusable*", o STS de 5-10-2016 "*información al cliente sobre el riesgo económico en caso de bajada del índice de referencia y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que desemboca en un error en la prestación del consentimiento*"), es particularmente clara en la STS de 15 de diciembre de 2015 sobre la que más adelante volveremos.

7. Las cláusulas definidoras del interés fijo en los 10 primeros años y del variable (sin cláusula de estabilización o limitadora de la variabilidad -suelo-), no serían condiciones generales de la contratación para un muy importante sector doctrinal, ya que en esencia se trata de los elementos económicos en atención a los cuales el consumidor decide, en un mercado competente (sin monopolio), contratar con uno otro oferente, de modo que faltaría la nota de la "*imposición*" y habría consentimiento, a diferencia de aquellos otros elementos o contenidos normativos que permanecen en la "zona de penumbra" y no son tenidos en cuenta para la decisión por el consumidor. Ciertamente la línea de separación entre estos dos tipos de elementos, económicos y normativos, es difusa, en particular en supuestos de cláusulas que describen el precio o incluyen en su cálculo o determinación, que podrían pasar inadvertidos por el adherente, alterando de forma significativa y sorprendente en equilibrio económico (subjetivo) sobre el que habían generado sus expectativas y prestado su consentimiento.

8. Claro ejemplo de lo anterior sería la cláusula suelo que altera radicalmente la naturaleza del contrato (préstamo variable pasa a ser fijo) y el precio, y sobre la que el TS se pronunció en su sentencia de 9-5-2013, lo que es cuestión muy distinta a la consideración como condición general del precio en sí mismo (sin prejuzgar eventuales nulidades derivadas de la fijación unilateral del mismo, falta de información, o pactos colusorios entre entidades contrarios a la normativa antitrust). En el supuesto que nos ocupa, por ejemplo, la fijación de un 5,75 % invariable, o, pongamos, la fijación como precio del "Euribor" sin ninguna limitación.

9. Sin embargo, y pese a que la STS de 9 de mayo de 2013 se pronunció sobre la limitación a la variabilidad (la cláusula suelo), y no sobre el precio fijado (tipo de referencia-Euribor + diferencial), sus párrafos 142 ("*[e]n nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este*") y 144.a, que atiende al "proceso seguido para su inclusión en el contrato" y no al objeto al que se refieran las condiciones generales, unido a la asunción por ambas partes de la naturaleza de condición general, me llevan a admitir esta naturaleza en el caso concreto.

10. El resto de cláusulas impugnadas merecen la calificación y el enjuiciamiento propio de las condiciones generales de la contratación.

CUARTO.- Acción de nulidad ex artículo 8.1 y control de incorporación; ausencia de oferta vinculante.

1. El artículo 8.1 habilita una declaración de nulidad por infracción de la propia ley 7/98 o de cualquier otra norma imperativa o prohibitiva. Debe rechazarse de plano la pretendida vulneración de la normativa bancaria, ya que la demanda se limita sin identificar la infracción concreta, a enunciar ciertas normas que en algún caso simplemente facultan (no sería imperativa) actuaciones ministeriales (dando lugar al dictado de la Orden Ministerial de 5-5-94). Excepción hecha de la valoración que se hará respecto de esta OM, en relación con la obligación de previa entrega de cierta documentación.

2. Las condiciones generales pueden ser objeto de control (tanto en contratos con consumidores como con profesionales) por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.1 párrafo segundo LCGC, que para entender que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales a un contrato redactado por escrito exige la previa información acerca de su existencia y que se facilite un ejemplar de las mismas, art. 5.5 LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales : a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-.



3. La STS de 9-5-2013 (en el mismo sentido la de 24-3-2015) indicó (párrafo 202) que " *la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 [modificada por las Órdenes Ministeriales de 27 de octubre de 1995 y de 1 de diciembre de 1999], garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor* ". Esta OM regula entre otras cuestiones la entrega de folleto informativo y oferta vinculante, y el contenido de ambos.

4. El artículo 5 LCGC establece unos requisitos formales para que las CG queden válidamente incorporadas al contrato. Suponen un primer filtro, pero los deberes de entrega del formulario, firma, constancia expresa y redacción concreta, sencilla y clara no garantizan un conocimiento efectivo del contenido de las CG a fin de considerarlas plenamente consentidas sino una mera cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento de su contenido previamente a la celebración del contrato (arts 5.3 y 7.a hablan así de "posibilidad" y "oportunidad").

5. De modo que los requisitos de incorporación no suponen un control de consentimiento, solo fijan las condiciones para estimar que la CG pasa a formar parte de un contrato que ha sido válidamente celebrado. Cumplen un función de integración del acto negocial o legitimadora de la contractualidad de las CG, distinta del consentimiento y basada en unas formalidades rituales de carácter objetivo que solo permiten que el adherente conozca que el contrato se disciplina mediante CG y le posibilitan que conozca el contenido de las mismas, pero no garantizan una correcta formación de la voluntad.

6. En el caso examinado no consta entrega de folleto informativo ni de oferta vinculante. En estas circunstancias, este Juzgado viene estimando la acción de no incorporación de la "cláusula suelo" atendiendo a que de forma sorprendente, una cláusula secundaria en un contrato de muy considerable extensión, en muchas ocasiones alejada de la que fijaba el precio (variable), altera totalmente la naturaleza del contrato y la posición jurídica y económica que el prestatario creía pasar a ocupar, lo que cobra una dimensión especialmente significativa en los supuestos en los que se produce una subrogación en préstamo promotor sin transcripción en la escritura de compra y subrogación de las condiciones financieras, que se dan por conocidas, concluyendo por ello que no se garantiza en estas circunstancias la "oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato" su inclusión si la primera oportunidad al respecto fue la firma de la escritura en notaría (o incluso ni siquiera ésta en los supuestos de subrogación sin constancia en la escritura de la condición examinada).

7. Debemos plantearnos si la mera ausencia de oferta vinculante según la orden ministerial de 5-5-1994, respecto de condiciones que fijan directamente el precio, o respecto de las que establecen la forma de amortización del interés y el capital con las cuotas abonadas mensualmente (que son las impugnadas), debe implicar su no incorporación, ya que como recuerda la STS de 15 de diciembre de 2015 " *La exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, y, más en concreto, de la cláusula controvertida* ".

La infracción de las disposiciones de la indicada orden tienen consecuencias sancionadoras para la entidad bancaria, pero ni la orden ni la ley 26/88 sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito le asocian otro efecto. La ausencia de oferta vinculante y por ello entre otras cosas de una advertencia el derecho al previo examen del borrador de la escritura en la notaría en los tres días anteriores a su otorgamiento, sin valorar otras consecuencias, no implica per se la privación de la posibilidad de conocer la existencia de las condiciones generales en el contrato (cuestión que es diversa de su "comprensión" y de su "consentimiento").

La STS de 9-5-2013 cuando hizo la conclusión de su párrafo 202, partía de que "en la vida real se cumplen estrictamente las previsiones de la norma" (pfo 199), asumiendo que se cumplen los requisitos de incorporación, ya que era se trataba de una acción colectiva donde el enjuiciamiento debía tener esta perspectiva, y no la propia de la incorporación de una acción individual. Sin embargo resulta que muchos de los supuestos examinado de acciones individuales, la entidad bancaria demandada no acredita que el cumplimiento de tales requisitos, por lo que no cabe darlos por superados de modo general y abstracto por la existencia y general observancia de dicha normativa.

En todo caso, ni el cumplimiento de los requisitos sectoriales garantiza la adecuada inclusión (pensemos en una escritura que no incluye las condiciones generales, que por lo tanto no se firman, o que contiene remisiones a otros documentos, o que sufre defectos en la claridad, concreción y sencillez, o que no está firmada), ni su ausencia implica per se la defectuosa incorporación.

Acabamos de indicar los motivos por lo que en el caso de la cláusula suelo inserta en un préstamo a interés variable se concede esta virtualidad (en algunos supuestos y en este Juzgado), pero el caso que ahora nos ocupa versa sobre una fijación de un tipo de interés fijo durante 10 años y otro variable en los siguientes. La exposición de ambos tipos (arriba transcritos) es meridianamente clara, no deja lugar a ninguna duda, y no se



ve alterada por el impacto que de forma sorprendente una cláusula (aquella cuya incorporación se discute) impropia y escondida entre una gran cantidad de datos sobre cuestiones diversas, de modo que tampoco se altera la posición jurídica del prestatario tal y como se la pudo representar.

Fuera del supuesto indicado, que considero excepcional, el cumplimiento de los requisitos del art 5.1 ley 7/98 pasa por la referencia expresa en el contrato de las condiciones generales, la entrega de un ejemplar, y la firma del adherente, requisitos que se entienden cumplidos sin necesidad de actuación especial por parte del predisponente en los supuestos en los que las condiciones se contengan en el documento contractual en que se manifieste la aceptación del adherente antes de su firma (Pertíñez Vílchez).

Si bien el TS no se ha pronunciado expresa e individualizadamente sobre la relevancia de la ausencia de la oferta vinculante en supuesto de acción individual, en casos de cláusula suelo parece vincular el control de incorporación de los artículos 5 y 7 de la ley 7/98 con una mera transparencia y comprensibilidad documental o gramatical (STS de 3 de junio de 2016).

QUINTO.- Control de incorporación y "comprensibilidad" de la condición general. Diferencia con el enjuiciamiento propio del error vicio.

1. Aunque la demanda parece limitar el control de incorporación a la ausencia de oferta vinculante, y examinar la "comprensibilidad" del art 7 a propósito de la acción del art 8.2 de la ley 7 /98, considero que las cláusulas impugnadas cumplen con los requisitos de legibilidad, claridad, concreción y sencillez desde el punto de vista gramatical.

2. Ningún defecto se advierte en la descripción del plazo (3.1.1.), y su relativa indeterminación, como se ha indicado, responde a la estructura del propio préstamo y su sistema de amortización. Igual claridad se aprecia en la fijación del periodo de carencia, en todo caso inferior a un mes (3.1.3), y respecto del aplazamiento (3.1.6) y reembolso anticipado (3.1.7), también es perfectamente clara y comprensible su redacción, además de que ni siquiera se insta como se ha visto su nulidad por argumentos o razonamientos propios sino por su inaplicabilidad e incoherencia con el sistema de amortización.

3. En lo referente al sistema de amortización, cuestión central en el planteamiento de la demanda, considero que su exposición es clara respecto de cómo, cuándo, por quién y con arreglo a qué normas se realizará (independientemente de que no se pueda conocer el número de cuotas dada la propia naturaleza del préstamo como supra hemos referido), siendo anecdótico e irrelevante el hecho de que se diga que el sistema de amortización será el "francés" para después describir uno distinto, ya que ningún indicio hay de que un consumidor medio conozca lo que significa tal expresión, ni mucho menos de que ello le hubiera llevado a una imposibilidad de conocimiento de la inclusión de la condición general reguladora del sistema de amortización, claramente descrita más allá del nombre con el que se la quiera identificar.

2. Como ya hemos señalado, el control de incorporación no prende garantizar la comprensión sino la cognoscibilidad, la posibilidad de conocer que el contrato se regula por condiciones generales, sin perjuicio de un eventual posterior control de contenido. Es obvio que la "comprensibilidad" en lo que hace a conceptos técnicos y operaciones matemáticas en materias relativas a contratación crediticia o de inversión, no puede significar una verdadera comprensión (sin necesidad de consultar a terceros o procurarse ulteriores informaciones), y no puede pretenderse una redacción comprensible para un consumidor medio, considerándose incorporadas siempre que estén plasmados en el contrato conforme a la normativa sectorial (y esto no se discute), y estén aceptadas por escrito (lo están, mediante la firma de la escritura). Pero es que en todo caso y a mayor abundamiento, no nos encontramos ante una fórmula matemática ni de liquidación o amortización complejas en el sentido expuesto.

3. Respecto de la fijación de los intereses en las cláusulas 3ª y 3º Bis apartados 1 y 2, su claridad es incontestable: un tipo fijo los primeros 10 años, y posteriormente Euribor más 1, en periodos de revisión anual y sin redondeo y sin limitación a la variabilidad. Se incluye la fórmula del cálculo de interés, respecto de la cual me remito a lo ya dicho en el párrafo 2 de este fundamento.

4. Por último, debemos recordar que la óptica del enjuiciamiento propio de la acción individual de condiciones generales de la contratación, es distinta de la del vicio de consentimiento o error y nulidad contractual. En sentencia de este Juzgado de 17 de febrero de 2016 (autos de Juicio Ordinario 15/2015), en un asunto sobre nulidad vía ley 7/98 de la cláusula IRPH, dijimos, con cita de la STS de 15 de diciembre de 2015 :

" No se trata de enjuiciar si el prestatario "entiende" o "consintió" el concepto de IRPH, el de Euribor, Mibor, Libor, TAE, TIN, o cualquiera otro de los manejados en contratación bancaria, (incluso el del "interés legal del dinero") o si puede realizar por sí misma el cálculo que lo genera, ni siquiera si aquéllos son manipulables por la prestamista, tratándose de índices oficiales, conformes con el art 6 de la OM de 5-5-94 (no se demuestra lo contrario) dotados de publicidad oficial de modo que pueden ser consultados. La cuestión sobre la que este



Juzgado tiene competencia y se le ha sometido es si una determinada condición general se ha incorporado o no adecuadamente (conforme a los artículos 5 y 7 de la ley 7/98) en un contrato de adhesión y, caso de ser así, afectando a uno de los elementos principales del contrato (relación entre precio y prestación, según el art 4.2 de la directiva 93/13 y su considerando 19º según interpretación consolidada ya en la jurisprudencia del TS -STS 9-5-201 y 23-12- 2015-), comprobar si, no superando el control reforzado de transparencia ha de considerarse abusiva por causar en contra de las exigencias de la buena fe, desequilibrio entre los derechos de las partes.

4. Esta abusividad, como veremos, no puede derivarse del hecho de que el precio de una prestación determinada (el interés de un préstamo en el supuesto) sea más o menos caro (argumento que sería más propio -SJM 9 Barcelona de 9-12-2015- del error vicio), ya que el desequilibrio no se valora en términos económicos, además de que tampoco se acredita que a todo evento el IRPH necesariamente fuera a ser más alto que el Euribor, y teniendo presente que no existe obligación de la entidad prestataria de realizar una comparación entre los diferentes tipos de referencia existentes (SSAAPP Castellón 3ª de 4-9-2015 y Valladolid 1ª de 24-11-2015).

5. Esta diferencia en cuanto a las ópticas y objeto de enjuiciamiento se puede advertir en la STS de 15 de diciembre de 2015 (referida a la cláusula de vencimiento anticipado en un swap), cuando al abordar la denunciada infracción de la normativa de la ley 7/98, diferencia el control de incorporación del error vicio derivado de una insuficiencia de información para conocer el riesgo que encierra el posible coste de cancelación, rechazando, desde la perspectiva del art 7 de ley 7/98 , los argumentos sobre una falta de claridad del método a utilizar para determinar el coste y sobre la ausencia de ofrecimiento de una estimación aproximada del mismo: " Una cosa es que la información no sea clara y comprensible, y otra distinta es que sea insuficiente para comprender el riesgo que encierra la cancelación anticipada " (...) " Es clara a la hora de informar que el coste de cancelación dependerá del saldo neto que resulte en aquel momento, que por depender de hechos aleatorios se desconocen en ese momento. Y explica quién realizará el cálculo y cómo, así como la posibilidad de mostrar la disconformidad al mismo, y los parámetros de referencia para verificar la procedencia del cálculo realizado. Cuestión distinta es si la información es insuficiente para que el cliente pueda conocer el riesgo que encierra el posible coste de cancelación, lo que opera en otro plano, el de la suficiencia de la información para que el consentimiento prestado no se pueda entender viciado de error . "

SEXTO.- Control del contenido: el control reforzado de transparencia y abusividad.

1. Como ya se ha adelantado, ambas partes consideran que las condiciones examinadas son "esenciales" en el sentido derivado del art 4.2 de la directiva 93/13 . Este posicionamiento, que me genera alguna duda (por ejemplo respecto de que la cláusula de reembolso anticipado -que fue examinada por el TS en la sentencia de 23-12-2015 directamente a la luz del TRLGDCU, y no previo filtro de transparencia que sí aplicó a la cláusula limitativa de la variabilidad del tipo de interés- defina el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación), no puede ser alterado en la medida en que condiciona toda la exposición de la demanda y la correlativa contestación.

2. Debemos verificar una "segunda transparencia" afectante a la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, que de no superarse, permitirá el control de abusividad. Se trata de evaluar que la cláusula sea clara y comprensible no solo formal y gramaticalmente, sino que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de la operación afectada y su relación con el prescrito en otras cláusulas del contrato, de forma que el consumidor pueda evaluar basándose en criterios precisos y comprensibles la consecuencias económicas derivadas a su cargo (así SSTJUE 30-4-2014, asunto Kaser, o 23-4-2015, asunto Van Hove), cuestión que como indica la STJUE 26-2-2015 (asunto Bogdan Matei-SC Volksbank România SA) debe ser examinada por el tribunal remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

3. No se trata por lo tanto (Pertíñez Vílchez) de verificar si el precio es caro o barato, sino de si el efecto de la condición general en cuestión hace que el precio o la prestación resultan finalmente distintos de los que el consumidor creía haber pactado, si pese a ser gramaticalmente clara y comprensible, de una manera inadvertida para el consumidor altera el significado de la oferta ya sea aumentando el precio o rebajando las condiciones de contraprestación (así la cláusula suelo, la repercusión de la plusvalía la comprador de vivienda, el redondeo al alza, cargos por emisión de billete si se adquiere on line, o hacer depender de forma poco clara la rentabilidad prometida de la evolución de un determinado valor subyacente en un mercado secundario.

4. De no superarse este segundo control de transparencia, cabrá (art 8.2 LCGC) examinar la abusividad (no toda cláusula intransparente sería abusiva), que se concreta en que (art 3.1 Directiva 93/13 y 82.1 TRLCU) contradiciendo las exigencias de la buena fe (asunto Aziz, 14-3-2013), causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor, en un



control abstracto que atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha de suscripción del contrato y las previsibles por un empresario diligente a corto/medio plazo. Este desequilibrio no se entiende en términos objetivos o económicos (v.gr. equidistancia entre el suelo y el techo, de existir éste) sino -en el caso de la limitación a la variabilidad del tipo de interés- de real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto, defraudando la carga económica del contrato tal y como la había percibido el consumidor, mediante la inclusión de esa condición que aún superando los requisitos de incorporación, frustra las expectativas de abaratamiento del crédito y, en suma, desde un punto de vista subjetivo, altera subrepticamente el equilibrio sobre el precio y el objeto del contrato (siendo estos dos los elementos esenciales o económicos sobre los que basa el consumidor su decisión de contratar con un determinado predisponente, y no sobre la reglamentación del contrato o condiciones generales de los distintos empresarios que ofrecen el mismo bien o servicio, dados los elevados costes de información asociados a su lectura, comprensión y comparación).

5. Aunque quepa pensar en condiciones intransparentes que resulten inocuas para el adherente pese a no poder hacerse una idea cabal de su trascendencia en su posición económica y jurídica en el contrato, no es el caso de la "cláusula suelo", que sí provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de representarse fielmente el impacto económico que le supondrá la obtención del préstamo con dicha cláusula en caso de bajada del índice de referencia, lo que le priva de la posibilidad de comparar correctamente las diferentes ofertas en el mercado

6. Para llegar a la conclusión de que las "cláusulas suelo" no son cláusulas transparentes (apartado 225 del FJ XIII y séptimo del fallo de la STS 9-5-2103, reiterados en la reciente STS de 29-4-2015) atiende a diversas circunstancias sobradamente conocidas.

7. Pues bien, como ya se ha indicado, en el supuesto examinado no cabe sin más pretender aplicar la doctrina y parámetros de intransparencia reforzada o material de la cláusula suelo, ya que no nos encontramos ante una previsión contractual de apariencia secundaria que incida subrepticamente en el precio tal y como fue pactado y sobre el que el consumidor se representó el contrato desde el punto de vista económico y jurídico, sino que se pretende la nulidad del precio en sí mismo (un tipo fijo en los 10 primeros años, Euribor +1 en los siguientes, sin limitación de la variabilidad, ni redondeo, ni impacto de ninguna otra cláusula o circunstancia ajena en el precio así determinado), y de cláusulas que son totalmente transparentes en la fijación del plazo o la descripción del método de amortización, sin hacerlo depender de circunstancias extrañas.

8. Dada la ausencia de limitación a la variabilidad (incluso ausencia en el primer tramo de vida del contrato de la propia variabilidad), no tiene sentido exigir al prestamista información sobre previsibles comportamientos del euribor o el coste comparativo de otros productos para asegurar esa variabilidad, ni la expresa indicación del carácter esencial de una cláusula limitativa que no existe. No hay cláusula sorprendente, ni frustración de expectativa o alteración subreptica de los elementos esenciales que el consumidor pudo entender contratados. Incluso en el supuesto de haber llegado a valorar la abusividad por no haber superando el control de transparencia, no se alcanza a identificar el quebranto sufrido, que tampoco se incardina en ninguno de los supuestos legales de los arts 85 y siguientes del TRLGDCU.

SÉPTIMO.- Costas. Pese a la íntegra desestimación de la demanda, las dudas jurídicas que pudieran derivarse del valor otorgado en otros supuestos a la ausencia de oferta vinculante, y la existencia de pronunciamientos judiciales en sentido diverso sobre el mismo préstamo objeto de este juicio, justifican la no imposición de costas.

FALLO

DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Dionisio y Erica contra Banco Santander S.A., sin condena en costas.

La presente resolución no es firme. MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial.

El recurso de apelación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en Banesto con el número ..., consignación que deberá ser



acreditada al preparar el recurso (DA 15ª LOPJ), especificando en el campo "CONCEPTO" que se trata de un recurso, seguido del CÓDIGO 02 CIVIL-APELACIÓN.

La admisión de dicho recurso precisará que se haya consignado como depósito 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en BANESTO con indicación de "recurso de apelación", mediante imposición individualizada, y que deberá ser acreditado a la preparación del recurso, de acuerdo a la D. A. decimoquinta de la LOPJ . No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

El/La Magistrado-Juez

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo./a Sr/a. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ