



Roj: **SJPI 471/2017 - ECLI:ES:JPI:2017:471**

Id Cendoj: **30016420052017100001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Cartagena**

Sección: **5**

Fecha: **28/04/2017**

Nº de Recurso: **382/2016**

Nº de Resolución: **52/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FERNANDO MADRID RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **JDO. 1A. INSTANCIA N. 5**

### **CARTAGENA**

**SENTENCIA** : 00052/2017

-

CALLE ANGEL BRUNA, 21, 6ª PLANTA CP 30203

**Teléfono: 968326165-66** , Fax:

Equipo/usuario: JAV

Modelo: N04390

**N.I.G.** : 30016 42 1 2016 0002761

### **ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000382 /2016**

Procedimiento origen: /

#### **Sobre OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. Jenaro , Tatiana

Procurador/a Sr/a. FRANCISCO ANTONIO BERNAL SEGADO, FRANCISCO ANTONIO BERNAL SEGADO

Abogado/a Sr/a. ,

DEMANDADO D/ña. BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMAMCA Y SORIA SA

Procurador/a Sr/a. DIEGO FRIAS COSTA

Abogado/a Sr/a.

#### **SENTENCIA**

En Cartagena, a 28 de abril de 2017.

D. FERNANDO MADRID RODRÍGUEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número cinco de los de Cartagena, ha visto los presentes autos de **juicioordinario** nº 382/16, promovidos por Jenaro y Tatiana , representado-s por el/la Procurador(a) Francisco Bernal Segado y dirigido por el/la Letrado(a) Fernando Pignatelli Alix, contra Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A, representada por el/la Procurador(a) Diego Frías Costa y dirigidos por el/la/los Letrado(a)-s Manuel Lobatón Espejo, sobre reclamación de cantidad.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**Primero:** Por el/la Procurador(a) Francisco Bernal Segado, en nombre y representación de Jenaro y Tatiana, se presentó demanda de juicio ordinario que fue turnada a este Juzgado contra Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A. Expresó a continuación los hechos y los fundamentos de derecho que consideró aplicables y terminó en súplica al Juzgado para que dictara sentencia por la que se establezca lo siguiente:

- 1)- Se declare la nulidad de la cláusula de interés de demora pactado al 18%;
- 2)- Se declare la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado;
- 3).- Se declare la nulidad de la estipulación de límite mínimo de interés del contrato de préstamo con garantía hipotecaria realizado entre las partes; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo que se han mencionado y constan en aquélla, y como consecuencia derivada condenando a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades que se han podido cobrar en exceso durante la vigencia del contrato de préstamo hasta la aplicación práctica de esa nulidad, en cuantía que determina, sobre las bases que se calculen en dicha nueva fase teniendo en cuenta la evolución que ha experimentado el tipo de referencia para interés del préstamo o Euribor y el diferencial pactado sin el suelo,
- 4)- **comisión de apertura** y reclamación de **comisiones** por posiciones deudoras.

**Segundo:** Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar al demandado para su contestación en el plazo de veinte días. Por el/la Procurador (a) Diego Frías Costa, en nombre y representación de Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A, se presentó escrito oponiéndose a la demanda interpuesta y solicitando que se desestimase con expresa imposición de costas a la parte actora.

**Tercero:** Se tuvo por contestada la demanda y se acordó citar a las partes, en legal forma, para la celebración de la audiencia previa, que se celebró el día señalado, y en la que ambas partes ratificaron sus respectivos escritos y dieron cumplimiento al resto de las previsiones legales, y recibido el pleito a prueba, por la parte actora y por la demandada se propusieron las diligencias de prueba que consideraron oportunas para la defensa de sus derechos - documental -, admitiéndose las mismas en los términos que constan en el acta levantada. Declarándose los autos vistos para sentencia.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO.- Planteamiento .

El Procurador de los Tribunales Francisco Bernal Segado, en nombre y representación de Jenaro y Tatiana, ejercita una **acción** de nulidad de condiciones generales de la contratación, solicitando que se declare nula la condición general de la contratación introducida por la parte demandada en el préstamo a tipo de interés variable - Euribor + 1 punto - con garantía hipotecaria firmado entre las partes el 2 de septiembre de 2004 ( **doc. 2** ), consistente en ningún caso el tipo de interés que resulte por aplicación de esta cláusula podrá ser inferior al 3,5% . "*Sin perjuicio de lo anterior ... en ningún caso el interés... el interés será inferior al 3,5% nominal anual*".

Considera que tal cláusula -denominada "cláusula suelo"- reúne los requisitos para ser calificada como condición general de la contratación, pues fue impuesta por la entidad, no hubo negociación individual y se aplicó a una pluralidad de contratos. El motivo de nulidad consiste en que causa un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, ocupando la parte actora una posición de inferioridad, pues garantiza a la entidad un determinado interés fijo mínimo (3,50%) independientemente del tipo del índice de referencia (Euribor). Valora ese desequilibrio como evidente e importante, cualitativa y cuantitativamente, pues sólo beneficia a la entidad y genera importes muy importantes por la cuota mensual y la duración del contrato de préstamo.

También se solicita la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado así como de la cláusula de intereses de demora.

Hubo una reclamación extrajudicial infructuosa.

La **parte demandada** se opone a la demanda. Manifiesta que se trata de una cláusula lícita, que cumplió con sus deberes de información y transparencia y entiendo que no se trata de una cláusula abusiva porque existió transparencia, tanto porque hubo negociación individualizada de la cláusula, como porque no causa un desequilibrio importante de derechos. Poco o nada dice sobre las otras cláusulas impugnadas (vencimiento anticipado e intereses de demora) sobre las **comisiones** se afirma que no se han pagado o que no tiene relevancia los intereses moratorios.

Se alega que existió negociación individual y buena fe por parte de la entidad de crédito. Si bien no se aporta solicitud de préstamo ni oferta vinculante.



Los hechos controvertidos consisten en determinar si la denominada "cláusula suelo" es una condición general de la contratación en el sentido definido en la Ley 7/1998 en relación a si afecta a un elemento esencial del contrato o a una cláusula financiera no esencial y si ha sido predispuesta e impuesta por la entidad o si nace de la libertad contractual de las partes. Determinado esto, para el caso de que sea una condición general de la contratación, habrá que analizar si la misma incurre en desequilibrio o desproporción entre las prestaciones de los contratantes, considerando si la entidad ocupa una posición de superioridad frente a la actora.

A raíz de la STS de 9 de mayo de 2013, habrá que analizar si, en el caso concreto, el actor tuvo una información suficiente y detallada que permitiera la correcta y válida formación de su consentimiento, de forma que supiera qué significaba la aplicación de la cláusula suelo. El actor niega que dispusiera de información alguna sobre la cláusula y la parte demandada considera que dio una información suficiente y detallada y que cumple el doble control de transparencia definido por el TS.

El objeto de este procedimiento no es novedoso en el ámbito mercantil al comienzo y ahora en el ámbito de los Juzgados de Primera Instancia. Se ha planteado con gran frecuencia la misma cuestión jurídica, a instancias de personas físicas consumidores o a instancias de asociaciones de consumidores. En consecuencia, existe, hoy en día, numerosa jurisprudencia al respecto, incluso de la segunda instancia.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013**, - resolviendo el recurso interpuesto frente la SAP de Sevilla-, dictada en Pleno, zanjando la polémica y diversidad de criterios existentes. A la hora de determinar la retroactividad de la presente sentencia en relación a la devolución de cantidades indebidamente cobradas, habría que estar a la doctrina sentada por la **STS de 25 de marzo de 2015**. A la hora de determinar la retroactividad de la presente sentencia en relación a la devolución de cantidades indebidamente cobradas, habrá que estar a la doctrina sentada por la **STJUE de 21 de diciembre de 2016**, cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el Juzgado Mercantil núm. 1 de Granada (asunto C-154/15) y la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante (asuntos C-307/15 y 308/15), que fueron acumuladas.

El presente caso previo la reclamación de cantidad habrá que resolver sobre la nulidad de la cláusula antes transcrita de la escritura pública de préstamo hipotecario **doc. 1** de la demanda y no ha sido impugnado de contrario.

La entidad no ha aportado documento alguno que acredite que el actor tuvo conocimiento de las condiciones económicas del contrato de préstamo hipotecario en fechas anteriores a la firma de la escritura pública.

#### **SEGUNDO.- Condiciones Generales de la Contratación**

La parte actora viene a solicitar que se declare la nulidad de esta cláusula exponiendo que estamos en presencia de una condición general de la contratación que nunca fue negociada por las partes sino que fue impuesta por la entidad.

El concepto de condición general de la contratación parte de la premisa de que el contrato haya sido suscrito entre un profesional (demandado) y un consumidor (actor) de acuerdo con el tenor de la LCGC. En este procedimiento no ha sido un hecho controvertido que el actor ostenta la cualidad de consumidor.

A continuación procede dirimir si estamos en presencia de una condición general de la contratación, sin que haya sido controvertido que la cláusula suelo tiene carácter contractual y que su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores es facultativa.

El concepto de condición general de la contratación se contiene en el **art. 1.1 LCGC** como "*las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*".

La parte demandada niega que se trate de una cláusula predispuesta, impuesta y aplicada a una generalidad de contratos. Sin embargo no expone, razona, justifica ni explica en qué supuestos consideran oportuno el pacto de la cláusula suelo ni de qué circunstancias depende la misma o el porcentaje aplicable en concreto. Mucho menos se justifica por qué en el caso concreto de Jenaro y Tatiana se acordó esta cláusula o si el actor pudo elegir entre la imposición de la cláusula suelo con las demás condiciones del préstamo hipotecario y otro contexto en el que no existiera cláusula suelo. Lo que queda meridianamente claro es que la cláusula suelo depende de la voluntad unilateral del banco, que considera, cuándo la exige y en qué porcentajes. Lo que no especifica es qué circunstancias concurrían en el caso del actor para la imposición de una cláusula suelo del 3,5 %. Y de ninguna forma esas afirmaciones vagas acreditan que se haya negociado individualmente en el caso concreto la cláusula suelo; sino más bien todo lo contrario, que se trata de condiciones predispuestas por la entidad e impuestas en los casos que considera oportuno.



Es más, como posteriormente se analizará, ni siquiera se acredita que el actor tuviera conocimiento de la existencia de dicha cláusula suelo.

En el presente caso era preceptiva la entrega de oferta vinculante porque, no pudiendo justificar la falta de aportación al procedimiento la parte demandada. De la misma forma, tampoco se ha presentado ningún documento interno que pusiera de manifiesto la petición de autorizaciones a instancias superiores del banco o una mínima negociación entre las partes.

Por tanto, esta ausencia de prueba tampoco acredita la existencia de negociación entre las partes que excluya la consideración de la cláusula suelo como condición general de la contratación.

En conclusión, la parte demandada no ha acreditado que existiera negociación individual, en el caso concreto, del límite inferior del interés variable fijado; carga de la prueba que le corresponde en virtud del **art. 82.5 TRLGDCU**. Es decir, no se justifica el origen, causa o razón de ser del límite mínimo del 3,5% en el préstamo de la parte actora ni la negociación que habría llevado a tal pacto. La contestación se limita a hacer afirmaciones genéricas de la forma de operar por las entidades financieras, sin que se sustenten en ningún documento. De la misma manera, tampoco se presenta por la parte actora la oferta vinculante ni la solicitud de préstamo, que acredite que la cláusula discutida fue puntualmente negociada, que era la práctica habitual de operar de la entidad.

Este mismo resultado alcanzaba la **SAP Cáceres, Sec. 1ª, de 18 de julio de 2012**, (ROJ SAP CC 666/2012) que continúa la línea de la **Sentencia de 24 de abril de 2012**.

Manifiesta que "*Ciertamente, si se prueba que la cláusula controvertida ha sido negociada de forma individual, se excluiría la protección al consumidor/adherente establecida tanto en el TRLGDCU como en la LCGC, por lo que si la entidad financiera hubiera acreditado en este procedimiento, al corresponderle la carga de la prueba de este extremo, que existió negociación, ya resultaría innecesario entrar a valorar si la cláusula es o no abusiva. Es obvio que en esta materia contamos con una específica regla de la carga de la prueba que se encuentra en el artículo 82.2, párrafo segundo de la LGDCYU, a cuyo tenor: "El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba".*

*La apelante sostiene que esa negociación individual existió en este supuesto, al conocer y aceptar la misma, (...) al existir oferta vinculante, y a través del control efectuado por ambos Notarios.*" Esta sentencia concluye que no existió prueba en tal sentido y que, por tanto, estamos en presencia de una condición general de la contratación.

Resulta evidente y obvio que todas las cláusulas del préstamo hipotecario firmado por la parte actora fueron predispuestas e impuestas por la entidad demandada, de forma que la actuación de la parte actora se limitó a aceptar la propuesta de la entidad, quedando privada de cualquier negociación.

Ahora bien, el hecho de que no se incluyan necesariamente en todos los contratos o no se incluyan de la misma manera, no contradice que concurran en dicha cláusula los requisitos de generalidad y predisposición (redacción de la cláusula por la entidad para su aplicación a una pluralidad de contratos).

Por todo ello, estamos en presencia de una condición general.

Así se ha pronunciado la jurisprudencia. La **STS de 9 de mayo de 2013** (FJ, 137 y 138) enumera los requisitos que debe reunir una cláusula para atribuirle la consideración de condición general.

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

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

*c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.*

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

138. De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:



- a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y
- b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

Por todo lo expuesto, declaro que la parte demandada no ha acreditado que existiera una negociación individual de la cláusula impugnada, y ni siquiera acredita que la parte actora tuviera un conocimiento de la oferta vinculante de la entidad; afirmo que se trata de una cláusula predisuelta -redactada por la entidad con anterioridad a la contratación-, general e impuesta por la entidad demandada, que no pudo ser negociada por la parte actora en su condición de consumidor; y declaro que se excluyó la libertad contractual y el principio de autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato, que dependió exclusivamente de la voluntad de la parte predisponente, sabiendo la parte actora que no aceptar las condiciones tal y como estaban redactadas supondría la denegación del préstamo.

En conclusión, **la cláusula impugnada es una condición general de la contratación**, definida en el art. 1.1 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, cuya abusividad puede ser enjuiciada (art. 8.2 Ley 7/1998) y que queda sometida a la normativa protectora de consumidores.

#### **CUARTO.- Normativa aplicable**

Se puede plantear que, aunque se trate de una condición general de la contratación, quedaría excluida del ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, CGC en virtud de su art. 4 ("La presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios. Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que versan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes") y le sería de aplicación la Orden 5 de mayo de 1994 del Banco de España, por aplicación del art. 48 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Si bien esta cuestión no ha sido formalmente formulada por la entidad demandada, en virtud del principio iura novit curia y en aras a la exhaustividad, voy a determinar la legislación aplicable.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado con anterioridad la jurisprudencia citada, dejando zanjada la cuestión, declarando la aplicación de la Ley 7/1998. Así, la **SAP Cáceres** ya citada -siguiendo el criterio establecido en la Sentencia de 24 de abril de 2012 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la misma Orden Ministerial referida a otras cláusulas bancarias- motiva lo siguiente: "la normativa contenida en dicha Orden Ministerial, no puede suponer exclusión del ámbito objetivo de aplicación de la LCGC 7/98 en los términos reseñados por el artículo 4 de la misma norma, pues como señalan varias sentencias, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de Octubre de 2.002, la existencia de disposiciones administrativas como la de dicha Orden Ministerial, «tienen una esfera y ámbito de actuación perfectamente delimitado, cual es la regulación interna y el control administrativo, con aquellas funciones específicas del Banco de España, que en modo alguno pueden incidir en la función jurisdiccional de los Juzgados y Tribunales, al amparo de los artículos 24, 117 apartados 3 y 4 de la CE y 21 y 22.4 de la LOPJ, que establece como competencia propia y específica, la tutela jurisdiccional civil de los contratos de consumidores».

En consecuencia, el cumplimiento de los deberes de información contenidos en esa norma no sirve para excluir per se el control de abusividad de la norma, ni impide que por ello que la cláusula pueda considerarse abusiva, tal como por otro lado resulta del artículo 2.2 de la Orden Ministerial de 1.994. Así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 2.011 -al resolver sobre la cláusula de redondeo al alza- al señalar que "Ahora bien, la finalidad tuitiva que se procura al consumidor en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone el artículo 2.2, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1.984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor."

Continúa su exposición delimitando el objeto de la OM 5 de mayo de 1994 "La Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1.994 lo que sanciona es la validez y legalidad de la inclusión de una determinada cláusula en un contrato de préstamo hipotecario, integrando los conceptos legales sobre los que se articula la protección del consumidor o usuario o del adherente, de ahí la referencia que el artículo 7.b LCGC hace "a la normativa específica que





*discipline en un ámbito determinado la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato". Pero esto nada tiene que ver con los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato, en cuanto al deber de comunicación escrita al prestatario del nuevo tipo de interés, y que se encuentra sometida al ámbito de la Ley 7/1.998, como condición general predispuesta cuya incorporación al contrato fue impuesta por el Banco, que la redactó con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, por cuanto no representa la normalidad de la cláusula que resultaría de su aplicación".*

Ello significa que es de **aplicación la LCGC 7/1998** en relación a la protección de los consumidores y a la posibilidad de calificación como condición abusiva de alguna cláusula introducida en los contratos bancarios.

#### **QUINTO.- Abusividad en virtud de la LCGC**

La parte actora considera que la llamada cláusula suelo es una condición abusiva, por aplicación del **art. 8.2 LCGC**, que se remite a la normativa de protección de consumidores. El **art. 82 TRLGDCU** - Real decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de General de Defensa de Consumidores y Usuarios- define como cláusulas abusivas " *todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato* ", valorando " *la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa* " ( **art. 82.3 TRLGDCU** ).

En la demanda se invoca la infracción de esta normativa porque la cláusula impugnada es contraria a la buena fe y causa un desequilibrio evidente e importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio de la actora. El perjuicio consiste en que en caso de bajada del tipo de interés fijado no se verá beneficiada la actora, debiendo pagar un límite mínimo de 3,50%, incluida la tasa de bonificación que supone un importe considerable durante toda la vigencia del contrato. En caso de subida del tipo de interés fijado no se verá beneficiada de ningún límite porque no se incluye una cláusula techo, habiendo de satisfacer el interés que resulte del tipo de referencia en todo caso.

La parte demandada niega que se pueda aplicar esta normativa por entender que la cláusula suelo se refiere al objeto principal del contrato -el interés sería el precio del préstamo- y que, por tanto, no puede ser objeto del control de abusividad.

La mencionada **STS de 9 de mayo de 2013** ha resuelto esta cuestión tomando como premisa la normativa europea. " *El decimonoveno considerando de la Directiva 93/13 indica que "[...] a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor*".

185. *De forma coherente con tal planteamiento, la expresada Directiva dispone en el artículo 4.2 que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*".

186. *No define la norma qué debe entenderse por cláusulas "que describan el objeto principal" del contrato o referidas "a la definición del objeto principal", ante lo que la doctrina se halla dividida:*

a) *Un sector doctrinal diferencia entre las cláusulas "principales" que son las que definen directamente el "objeto principal" y las cláusulas "accesorias" que no definirían el "objeto principal". Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación prevista como eventual.*

b) *Otro sector sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal, hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se refiera al "precio" en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva.*

c) *Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el "objeto principal" debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben*



como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del "objeto principal" del contrato incluso si se refieren al mismo.

187. Por su parte, el IC 2000 diferencia entre "[l]as cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva".

188. En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom -, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio".

Tras esta larga exposición, el TS concluye: " 189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.

190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial. (...)

" 196. a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone ".

La decisión final puede resumirse, siguiendo la **SJM núm. 9 de Barcelona de 18 de junio de 2013**: " En suma, la regla general, efectivamente, es que tales cláusulas, cuando se refieren al objeto principal del contrato, es que no son susceptibles de ser sometidas al control de abusividad por falta de reciprocidad de prestaciones al estar ante contratos con obligaciones recíprocas pero al no formar parte del elemento esencial, sí pueden someterse al control de transparencia, tal como sostiene el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 , con cita de sus sentencias anteriores 401/2010, de 1 de julio , RC 1762/2006 ; 663/2010, de 4 de noviembre , RC 982/2007 ; y 861/2010, de 29 de diciembre , RC 1074/2007 , y STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 , la cual permite que las legislaciones nacionales establezcan normas más estrictas siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección . "

Si bien es cierto que la cláusula suelo es una condición general de la contratación, no puede ser sometida al control de abusividad por falta de reciprocidad de prestaciones en cuanto afecta al objeto principal del contrato, que constituye la pretensión ejercitada en la demanda (aun cuando en este caso, es evidente el desequilibrio de prestaciones porque la cláusula suelo del 3,5%; con más razón teniendo en cuenta que la cláusula suelo se va a aplicar al contrato durante gran parte de su plazo de duración, vista la actual situación económica y la fecha en que se firmó el préstamo hipotecario).

#### **QUINTO.- Control de transparencia de la cláusula suelo. Cláusula abusiva**

La **STS de 9 de mayo de 2013** ha introducido un elemento nuevo en el debate, consistente en el control de transparencia. Con anterioridad a esta sentencia, la controversia jurisprudencial radicaba, principalmente, en si la cláusula suelo era una condición general de la contratación y, declarado tal carácter, si era abusiva por tener un contenido contrario a la buena fe y al equilibrio de prestaciones (así, **SSAP Cáceres, Sec. 1ª, de 24 de abril y 18 de julio de 2012 - que se hace eco de otra de 19 de junio de 2012 -;** **SAP Zaragoza, Sec. 5ª, de 8 de mayo de 2012 ;** **SAP Alicante, Sec. 8ª, de 13 de septiembre de 2012** ). Resueltas estas cuestiones se hacía innecesario debatir el control de transparencia de la cláusula suelo.

A raíz de la jurisprudencia reproducida, el objeto de este procedimiento se ha centrado, principalmente, en el análisis del control de transparencia. Así que habrá que determinar, vista la documentación aportada por la parte demandada, si ha cumplido el control de transparencia en los términos definidos jurisprudencialmente.

Se describen dos niveles en el control de transparencia: uno relativo a la forma de incorporación de la cláusula al contrato; y otro relativo a la claridad del tenor o redacción de la cláusula en sí. Este segundo control puede ser apreciado de oficio de conformidad con los **arts. 5.5 LCGC** -" La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez "- y **7 LCGC** -" No 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 [...]". Se trata de determinar si el cliente era o no consciente de las consecuencias jurídicas y económicas que producía la inclusión de la cláusula en el contrato.

El tenor de la cláusula de la escritura de préstamo hipotecario, considerado de forma aislada, es claro y acorde con los requisitos del **art. 80.1 TRLCU** -" En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido "

Siguiendo la jurisprudencia citada, a continuación hay que analizar el proceso de incorporación de cláusula al contrato. De acuerdo con la OM de 5 de mayo de 1994, que regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores, el banco debe entregar al cliente solicitante un folleto informativo, seguido de una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), dando al cliente la posibilidad de examinar la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir al cliente sobre las circunstancias del interés variable, y muy especialmente, de la existencia de limitaciones a la variación del tipo de interés y si son o no semejantes tanto al alza como a la baja. Cuando se reúnan tales requisitos la incorporación de la citada cláusula cumple las exigencias de la LCGC.

El FJ 215 de la STS mencionada expresa " a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

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

Por tanto, para afirmar que la cláusula ha sido incorporada de forma transparente hay que hacer un control de la " comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato " en relación al proceso informativo. La entidad demandada no ha acreditado que entregara una oferta vinculante y tampoco se menciona ni se aporta el folleto informativo o solicitud de préstamo.

Por tanto, no queda acreditado que se cumpliera tal proceso informativo pues no aporta la entidad bancaria ningún medio de prueba relativo a que se le entregara al cliente ningún folleto informativo con carácter previo a la oferta vinculante del préstamo hipotecario, ni a que se le hubiera explicado su funcionamiento, ni a que el Notario hubiera hecho algo más, al margen de leer la escritura, es decir, le explicara expresamente que dicho préstamo hipotecario contenía una cláusula suelo y las repercusiones económicas y jurídicas de la misma, pues ninguna mención se hace al respecto en ninguna escritura pública.

En el presente caso, se observa que la limitación a la variabilidad del interés nominal aparece en la cláusula 3.3, relativa a las modificaciones sobre los límites a la variación de los intereses, dentro de la cláusula 3 sobre " Intereses ". Hay que destacar que el tipo de interés aplicable se fija en la cláusula tres, con una longitud de cinco folios, que contiene el interés, el tipo de interés inicial, el tipo de interés de referencia, los redondeos aplicables, la revisión del interés pactado u la fecha de devengo; donde aparece un gran número de datos en distintos párrafos, constando de forma destacada en negrita las fechas o periodos y un gran número de porcentajes, de forma que induce a confusión. En cláusula concreta, como si se tratara de algo distinto a la fijación del tipo de interés aplicable, se contiene exclusivamente la limitación a la variabilidad del interés aplicable. Aunque se destacan en negrita el título de los apartados concretos, los consumidores pierden la atención en la multitud de información contenida en una sola cláusula, con más razón cuando la limitación del interés inferior se contiene en cláusula concreta.

La cláusula Tercera de la mencionada escritura se rubrica " Intereses ordinarios ", en letra mayúscula, subrayado y negrita se titula la cláusula **Tercera Bis: Revisión del Tipo de Interés** una gran cantidad de datos, porcentajes, plazos y explicaciones durante más de seis folios (del 39 al 45). En la citad cláusula Tercera Bis se afirma que " el interés nominal aplicable se fijará, al inicio de cada sucesivo periodo **anual** adicionando un diferencial de **1,00 PUNTO PORCENTUAL** al índice de referencia denominado **EURIBOR** ", con las palabras y números en negrita y mayúscula conforme se ha transcrito. Igualmente, y, en el penúltimo párrafo de dicha cláusula aparece la cláusula suelo, justo encima de un párrafo (el último de la tercera cláusula) que en negrita, minúscula y subrayado se denomina Cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés; a continuación la cláusula cuarta, escrita en mayúscula, subrayado y negrita con el nombre de "**COMISIONES**", donde constan otros datos,





porcentajes e importes también en mayúscula y negrita. Sin embargo, al establecer la cláusula suelo, este párrafo no está destacado con un título o rúbrica y únicamente se destaca la expresión *3,500 por ciento* en negrita. Pero lo que prevalece en el consentimiento del cliente es la gran rúbrica de la cláusula, que está firmando un préstamo con tipo de interés variable en función del Euribor.

Con este mecanismo, se transforma un préstamo de interés variable en un préstamo de interés fijo, pues cualquiera que sea la bajada del tipo de interés de referencia y la aplicación de la tasa de bonificación, el interés a pagar por el prestatario siempre será el 3,50 %. Y la entidad no menciona en ninguna cláusula de la escritura que se esté firmando un préstamo a interés variable "limitado o corregido" con la explicación de su funcionamiento.

Por otro lado, el ámbito de protección y tutela de los consumidores en los contratos bancarios es recientemente novedoso. Precisamente, la reclamación extrajudicial se plantea a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013, primera acción colectiva interpuesta contra las cláusulas suelo. El hecho de que anteriormente no se plantearan estas acciones no puede perjudicar al actor en el legítimo ejercicio de sus derechos.

Por tanto, declaro que no se cumplen los requisitos legalmente exigidos por la OM de 1994 y que estamos en presencia de una **cláusula abusiva** por falta de transparencia atendiendo al proceso de incorporación de la cláusula. No superado el primer nivel del control de transparencia, es innecesario examinar el control de comprensión de los actores sobre el funcionamiento de la cláusula impugnada.

Aun así, en aras de la exhaustividad, voy a analizar el carácter abusivo de la cláusula por causar un desequilibrio en perjuicio del consumidor.

Este desequilibrio se determina conforme a las pautas enumeradas en el FJ 253 de la STS: "*Es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto*".

Y añade en los FJ 257 a 259: "*No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo*."

*En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso .*

*Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza*".

En este caso, concurren tales requisitos pues se ha privado al cliente del derecho a beneficiarse de las bajadas del tipo de interés, máxime cuando en este caso, está fijado el suelo en un 3,5 %. Por su parte, la entidad demandada no asume riesgo ninguno a la variación del interés, pues en caso de bajada se asegura un interés mínimo -cuando el interés fijo pactado para los primeros meses de vigencia del contrato era del 3,5 %-, por lo que prácticamente se asegura un interés mínimo fijo y en caso de subida siempre será superior al 3,50 %.

En conclusión y en base a todo lo expuesto, **declaro la abusividad de la cláusula suelo por falta de transparencia y causar un desequilibrio injustificado** para el consumidor.

El efecto jurídico es la nulidad de la cláusula suelo, continuando en vigor el resto del contrato, pues dicha cláusula se refiere al objeto principal del contrato, pero no es un "elemento esencial del mismo" y con ello no forma parte de su objeto y causa.

**SEXTO.- Devolución de cantidades**



El Suplico de la demanda solicita la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria en virtud de la aplicación de dicha cláusula por aplicación del art. 1303 C.Civil .

Ciertamente, uno de los efectos que comporta la declaración de nulidad de una cláusula, es que las partes deben restituirse recíprocamente lo que hubieran percibido de la otra con sus frutos y el precio con sus intereses por razón de las obligaciones creadas, tal como dispone el **art. 1303 C.Civil** . La finalidad es " *que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra* " ( **STS de 23 junio 2008 y SAP Barcelona de 19 de abril de 2012** ). Se trata, como afirma la **STS 118/2012, de 13 marzo** , RC 675/2009 , "[...] *de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente* " .

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su **Sentencia de 9 de mayo de 2013** , con cita de otra anterior de **12 de marzo de 2012** , dispone que dicha retroactividad no se debe aplicar de forma automática, admitiendo su moderación si concurren una serie de circunstancias, como el principio de seguridad jurídica y el interés económico general. La **STS de 25 de marzo de 2015** , reproduce la STS mencionada anteriormente

No obstante, procede declarar la retroactividad íntegra, conforme a la doctrina del **Tribunal Europeo de Justicia 21 de diciembre de 2016** , C 154/15, C 307/15 y C 308/15, conforme al artículo 4 bis LOPJ . Así, el TJUE declaró en dicha sentencia que: El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Por lo que deberán abonarse las cantidades reclamadas - **8.614,50 euros** -, la liquidación aportada por el actor ha sido impugnada de forma genérica, pero no se le ha achacado error alguno.

#### **SÉPTIMO.- Cláusula de intereses de demora pactados al 18%.**

Conforme al artículo 405 LEC el silencio en la contestación a la demanda puede ser interpretado como admisión de los hechos alegado de contrario. A la hora de valorar esta cláusula arroja luz la **Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 14 de marzo de 2013** sobre la crucial cuestión de determinar cuándo son o no abusivos los intereses de demora. El Alto Tribunal remite al derecho interno para decidir la cuestión, pero aporta dos criterios interpretativos en su **párrafo 76** . El primer criterio interpretativo que ofrece para determinar si existe un desequilibrio importante en detrimento del consumidor es *comparar las normas nacionales aplicables a falta de pacto y lo pactado* . En este caso: el artículo 1108 CC establece que en caso de mora, a falta de pacto, se abonarán los intereses legales; el artículo 567 LEC fija como interés de demora el interés legal incrementado en dos puntos; y la norma sobre crédito al consumo fija como interés máximo de demora dos con cinco veces el interés legal del dinero. El segundo criterio interpretativo que facilita es valorar *si el consumidor habría aceptado la cláusula en cuestión de haber sido negociada* . La conclusión es sencilla sobre los intereses moratorios: no resulta creíble que el prestatario consumidor, en caso de ser posible la negociación, hubiera aceptado unos intereses de demora tales. Máxime cuando nuestro ordenamiento establece, al regular estas cuestiones, unos criterios mucho menos onerosos. Conforme a la constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo debe considerarse abusivo toda vez que excede de dos puntos sobre el interés remuneratorio, deben citarse las SSTS 3 de junio de 2016 , 22 de abril de 2015 , 23 de diciembre de 2015 . Además también excede de 3 veces el interés legal del dinero - criterio fijado en el artículo 114 p 3 LH -.

Venía siendo constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que integraba la declaración de nulidad de los intereses moratorios, declarando que las cantidades impagadas *devengarán el interés remuneratorio* hasta el completo pago del capital ( SSTS 3 de junio de 2016 , 22 de abril de 2015 , 23 de diciembre de 2015). No obstante , **el Tribunal Supremo ha planteado mediante auto de 22 de febrero de 2017 cuestión prejudicial** sobre qué tipo de interés deberá aplicarse, para el caso de que deba aplicarse alguno, cuando se declare el carácter abusivo de la cláusula de los intereses de demora. Concretamente estas son las cuestiones segunda y tercera:

2ª) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE , ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como objeto del control de abusividad el recargo que dicho



interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la «indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones», y establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo?

3ª) En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera negativa: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva 93/13/CEE, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal?

El Tribunal Supremo ha solicitado la acumulación de la cuestión por él planteada a la C-96/16, cuestión que acertadamente es citada por la parte ejecutada en su profundo escrito de impugnación de la liquidación de intereses. En el presente litigio, tal y como ha declarado el demandado, no se ha producido mora alguna del demandante de modo que no resulta necesario en este momento integrar el contrato, bastando con declarar la nulidad de la cláusula impugnada. Para el caso de que el demandante incurriese en mora deberá aplicarse, en su caso, el interés de demora que resulte conforme a lo doctrina que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo.

#### **OCTAVO.- Cláusula de vencimiento anticipado**

La contestación a la demanda no hace especial argumentación sobre esta cláusula, conforme al artículo 405 LEC el silencio o las respuestas evasivas puede suponer una admisión de las afirmaciones vertidas de contrario.

La STJUE de 14 de marzo de 2013 vino a declarar la nulidad de la misma, en el mismo sentido la STS de 23 de diciembre de 2015. Como dice el Tribunal Supremo la cláusula predispuesta por el Banco demandado no supera los estándares exigibles, pues no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, no permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación y posibilita la resolución del préstamo por el incumplimiento de un solo plazo.

Por lo que debo declarar la **nulidad radical por abusiva** de dicha cláusula.

#### **NOVENO.- Comisión por posiciones deudoras.**

Se solicita en la demanda la declaración de nulidad de la cláusula que fija **comisión de apertura** del 1% y la reclamación por **comisiones** por posiciones deudoras.

La cláusula que establece una **comisión** por impago, aquí denominada por posiciones deudoras ha sido declarada abusiva STS de 23 /12 /2015 (Rec. Casación BBVA motivo séptimo apartado 5). En el mismo sentido la SAP de Asturias, sec. 6ª, de 21 de julio de 2014, SAP de Madrid, sec.18, de 11 de febrero de 2013, y SSAP de Tarragona de 16 de abril de 2013 y de 19 de febrero de 2013. Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Murcia, Sentencia 173/2015 de 1 Jul. 2015, Rec. 229/2014. Se trata de **comisiones** aplicadas automáticamente sin justificar la realidad y existencia de las reclamaciones y su coste. Además, el predisponente se reserva la facultad de resolver el contrato para el caso de incumplimiento, de modo, que deja a su voluntad el mayor o menor crecimiento del importe de esta **comisión**.

Se reclama por este concepto en la demanda la cantidad de **1.230 euros** que se habrían cargado a los consumidores en virtud de esta cláusula abusiva por lo que debe ser condenado el profesional a su abono.

#### **DÉCIMO.- Comisión de apertura**

Se estableció en la cláusula cuarta del contrato una **comisión de apertura**, la cual alcanzaba un importe de 1.350 euros.

El fundamento séptimo de la contestación a la demanda se opone a la declaración de abusividad de esta cláusula manifestando que esta **comisión** "es aceptada desde tiempo inmemorial no solo por el Banco de España, sino además, por el tráfico bancario", así como que la misma fue aceptada por la parte contraria.

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 - actualmente derogada por Orden de 28 de octubre de 2011 - respecto a las tarifas de las **comisiones** establece que las mismas "deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria de un préstamo", que deberán "responder a servicios prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse **comisiones** o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente".

Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, sec.3ª, de 29 de noviembre de 2013, rec.412/2013, - FD Tercero- debe ser declarada abusiva, y por tanto nula, por referirse a un concepto que



queda en la más completa indefinición, pues no responde a gestiones concretas acreditadas. En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, sec.1ª, dispone de 18 de mayo de 2015 dispone: La cláusula no puede sino considerarse abusiva en atención a la normativa precedentemente expuesta, por falta de reciprocidad, dado que se fija la **comisión** mediante un porcentaje en relación con el importe total del préstamo, sin que conste causa para su devengo. Nótese que la entidad demandada se limita a indicar en la contestación que responde a un servicio, pero no concreta cual sea éste de entre todos los autorizados para la **comisión de apertura** por la orden precitada de 5 de mayo de 2014, incumbiendo la prueba sobre el particular a la entidad bancaria como profesional (en idéntico sentido sentencias de la AP de Madrid de AP Madrid de 12 de febrero de 2015 y de Tenerife de 29 de noviembre de 2013 ). También puede citarse en el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, de 14 de junio de 2016 .

En presente caso el predisponente no ha alegado que la **comisión de apertura** se deba gestiones concretas y reales, y cuál sería su coste - la tasación la ha pagado también el cliente bancario -. No se ha acreditado actividad de estudio alguno por la entidad de crédito. Por lo que debe declararse la nulidad de la cláusula por abusiva, artículo 83 TRLGDCU, y con el derecho el derecho del consumidor a ser reintegrado en la cantidad pagada por esta cláusula, **1.350 euros** .

#### **UNDÉCIMO** .- Intereses

En cuanto a los **intereses** el tenor del **artículo 1303 CC** debería aplicarse estrictamente, las cantidades entregadas por la actora han generado los intereses legales desde las diferentes fechas en que fueron abonadas a la demandada. Así, en cada uno de los pagos de las diferentes mensualidades en las que se ha aplicado la cláusula suelo, también el pago de cada una de las **comisiones** de reclamación de deuda - documento 6 de la demanda -, y el día del otorgamiento del préstamo respecto a la **comisión de apertura** - documento 2 de la demanda -.

La justificación del devengo de los intereses legales desde la entrega de las prestaciones viene explicada con claridad por la **Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2013, rec. 2434/2011** , al afirmar " *Los intereses del precio que prevé el art. 1303 no son intereses remuneratorios o moratorios, a los que es de aplicación el art. 1916, sino que responden al principio de restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces, por el que a la devolución de la cosa con sus frutos debe corresponder la devolución del precio con sus intereses, y, al fin, sobre la interdicción del enriquecimiento sin causa*" (FJ 11). Esta resolución cita a su vez ( sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 843/2011, de 23 de noviembre, recurso núm. 2061/2009 EDJ 2011/312051, y las que en ella se citan.

Como se ha expuesto, la parte en el suplico reclama *los intereses que legalmente procedan* . En términos similares se posiciona en el cuerpo de la demanda - la última frase de los hechos -. En sus fundamentos no cita el artículo 1303 CC pero sí el artículo 1300 del mismo cuerpo que indudablemente lleva a su aplicación. Sobre este particular es especialmente útil para este supuesto los razonamientos de la **STS de 23 de noviembre de 2011** - antes citada-. La misma diferencia la aplicación del artículo 1303 de los intereses moratorios, que deben ser reclamados expresamente por la parte en caso contrario se incurre en incongruencia extra petitum. Si bien este criterio no debe aplicarse a los supuestos de declaración de ineficacia de los *contratos de contratos ejecutados* - nulidad o anulabilidad -. Así, la citada sentencia dispone:

*"Señala la Sala que los intereses moratorios cumplen la función de resarcir al acreedor del daño que se considera le causó el deudor, por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación. Sin embargo, no siempre los intereses constituyen el objeto de una prestación indemnizatoria. Antes bien, en ocasiones se consideran frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y, al fin, sobre la interdicción del enriquecimiento sin causa. Por el contrario, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, la jurisprudencia considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "iura novit curia" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia.*

*Interpretación que se refuerza por el hecho de que las mencionadas normas se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 del Código Civil .*

*Esa doctrina es aplicable cuando el contratante hubiera omitido reclamar la restitución del precio y, también - argumento " a maiore ad minus"-, cuando, habiéndolo reclamado, no hubiera hecho referencia expresa a los intereses del mismo."*





En estos supuestos, aunque la parte actora no hubiera sido suficientemente clara en cuanto al alcance de los intereses que reclama, debe concluirse, conforme a la jurisprudencia citada, que no se produciría incongruencia *extra petium* ; pues que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma y que viene motivada la norma por razones de estricta justicia, para evitar que exista un enriquecimiento injusto o sin causa en beneficio del banco que ha dispuesto de ese capital y sus frutos - los intereses - desde su entrega.

#### **DUODÉCIMO** .- Costas

Conforme al **art. 394.1 LEC** procede condenar en costas a la entidad demandada porque no apreció en el presente proceso la existencia de serias dudas de derecho.

La jurisprudencia del TS sobre la materia quedó zanjada con anterioridad a la interposición de la demanda, por lo que la cuestión jurídica ya estaba judicialmente resuelta. Y existió, con base en ella, una reclamación extrajudicial del actor que no fue atendida.

Por otro lado, ya han recaído sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia en esta materia relativas a la misma entidad en supuestos idénticos. Además, la actora dirigió reclamación extrajudicial antes de interponer la demanda, lo que ha obligado a los actores a interponer demanda, a acudir a este proceso, ha actuado en perjuicio del consumidor y conociendo la jurisprudencia recaída en esta materia, merece una condena en costas.

#### **FALLO**

**ESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA** interpuesta por el Procurador de los Tribunales Francisco Bernal Segado, en nombre y representación de Jenaro y Tatiana , contra la entidad Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

**DECLARO la nulidad** , por tener el carácter de abusiva debido a la falta de transparencia, de la condición general de la contratación establecida como cláusula 3 en el contrato de préstamo hipotecario del que se deriva la presente demanda y que establece " Sin perjuicio de lo anterior ... , *el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será el 3,5%* ". Ha lugar a la **retroactividad total** de esta sentencia.

Igualmente, **DECLARO la nulidad** por abusiva de la cláusula de intereses moratorios pactados al 18%, y la cláusula de vencimiento anticipado, de la cláusula de **comisiones**, incluyendo tanto la **comisión por apertura** como la **comisión** por posiciones deudoras.

Condeno a la demandada a **eliminar estas cláusulas** del contrato de préstamo suscrito, subsistiendo el contrato de préstamo hipotecario en vigor suscrito entre las partes.

Condeno a la demandada **al pago** de las cantidades reclamadas: 8.614,50 euros por la cláusula suelo, 1.230 euros por **comisiones** de posiciones deudoras hasta 22/4/2015 y 1.350 euros por **comisión de apertura**, con los **intereses** legales conforme al fundamento de derecho undécimo.

Todo ello con expresa condena en costas al demandado.

**Notifíquese** esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y contra ella podrán interponer **RECURSO DE APELACIÓN** , ante este mismo Juzgado, en el plazo de VEINTE DÍAS a contar desde el siguiente a su notificación, y del que conocerá, en su caso, la Audiencia Provincial de Murcia. Para ello deberá consignarse la cantidad de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado abierta en Banco de Santander, acreditándolo en el Juzgado. Estarán exentos del abono de este depósito la parte que goce del beneficio de justicia gratuita.

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