



Roj: **SJM GR 36/2015 - ECLI:ES:JMGR:2015:36**

Id Cendoj: **18087470012015100023**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **05/03/2015**

Nº de Recurso: **232/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **ENRIQUE SANJUAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE GRANADA .

SENTENCIA.

En Granada a 5 de marzo de 2015.

Vistos por mí, Enrique Sanjuán y Muñoz, magistrado actuando en el Juzgado de lo Mercantil 1 de Granada, los autos del JUICIO ORDINARIO registrados con el número 232/14 iniciados por D. Fabio representados por el procurador Sra. Navarro Vidal y defendido por el letrado Sr/a. Martínez Muriel contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. , representada por el procurador Sra Sanchez y defendido por el letrado Sr. Muriel , vengo a resolver conforme a los siguientes.

El objeto del proceso ha sido condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO : A este juzgado fue turnada demanda presentada en fecha de 11 de febrero de 2014 en solicitud de nulidad de "cláusula suelo" y reclamación de cantidad.

SEGUNDO: Admitida a trámite y emplazada la demandada presentó escrito de oposición en fecha de 7 de abril de 2014.

TERCERO: Citados a Audiencia Previa se celebró conforme obra en autos en fecha de 2 de marzo de 2015 quedando conclusos para sentencia al haberse admitido solo prueba documental.

CUARTO: En el acto de la Audiencia Previa las partes fijaron en conflicto la cláusula limitativa de intereses (cláusula suelo) señalando que se trata de un préstamo hipotecario a un **consumidor** si bien la condición, según la demandada, había sido negociada y aportando otra escritura de otro cliente al objeto de acreditar que no se trata de una aplicación generalizada; igualmente se señala que existía oferta vinculante que fue comprobada por el notario y el cumplimiento de la Orden de 5 de mayo de 1994 que negó la demandante. Se alega falta de claridad y de transparencia y reclamación de cantidad. En el acto las partes señalaron de común acuerdo haber existido un acuerdo privado (no aportado) por el que se suspendía la aplicación de la cláusula por un tiempo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero: Delimitación del objeto del procedimiento.

La valoración probatoria de la escritura notarial debe realizarse conforme a lo dispuesto en el artículo (artículo 319 LEC); si bien esa valoración parte de la necesidad de considerar el contenido del acto o estado de cosas que documenten. En el presente supuesto las partes han controvertido el cumplimiento de los requisitos de la Orden Ministerial de 1994 observandose en la escritura que no solo se afirma la coincidencia entre la oferta vinculante y lo contratado (si bien no así que realmente esa oferta vinculante se entregara con diez días de



antelación) sino también que ha existido una comprobación, por el demandante, de la escritura presentada ante notario con el plazo de tres días hábiles anteriores a la firma.

De conformidad a lo anterior resultaría que la interpretación literal de lo allí afirmado parte de dos supuestos:

Que la oferta vinculante mostrada notarialmente (por tanto existente físicamente) coincide con lo que, financieramente, finalmente se firma.

Que el hoy demandante comprobó y tuvo la oportunidad de analizar por ante la notaría (usó su derecho examinando el texto) la citada minuta de escritura dentro del plazo de tres días.

Lo anterior, en cuanto a documentado notarialmente, debe hacer prueba plena a los efectos indicados.

La cuestión controvertida se sustenta entonces sobre la base de la existencia de una condición general de la contratación, de la puesta a disposición de la oferta vinculante con el tiempo que señala la norma, de la claridad y transparencia de la cláusula y de la abusividad que se alega más la reclamación de cantidad.

Segundo: Sobre la valoración de la existencia o no de una condición general de la contratación.

No es una cuestión de negociación sobre el concreto porcentaje mínimo sino sobre la posibilidad de la prestataria de pactar o no la inclusión de una determinada cláusula de este tipo en el contrato lo que determina la existencia de una condición general de la contratación. Aunque notoriamente existen en este juzgado una multitud de procedimientos que vienen, entre otros, afectando a contratos firmados por el hoy demandado en donde se incorporan las citadas cláusulas lo cierto es que sigue extrañando (en los términos de la STS de 8 de septiembre de 2014) que la parte afirme que ha existido una negociación sobre la inclusión o no de dicha cláusula pero coincida la oferta vinculante (o así lo afirma) con la escritura notarial que se aporta. Difícilmente existe capacidad de negociación por la parte prestataria cuando ni siquiera se aportan fechas de inicio, expedientes de tramitación o cualquier otro instrumento que nos permita acceder al periodo en que se inician dichas negociaciones que, en el presente caso, deben partir de una petición de quien hoy demanda. De otra forma dicho, quien hoy demanda tuvo necesariamente que acudir a la entidad financiera y (en términos de obligaciones legales) resulta difícil comprender que no se inicie un expediente (que ni siquiera se referencia) y que a partir del mismo se someta a los diferentes órganos o comités de la entidad financiera, sino que partimos de una especie (y así se pretende probar simplemente con una declaración testifical de un producto contratado hace más de siete años) de negociación (o prenegociación) verbal en donde todo se instrumenta - valga la expresión- "verbalmente" resultando finalmente una oferta vinculante (que no se documenta y que no se protocoliza) con un contenido que se pretende ser objeto de negociación. Se trata por tanto de una imposición y predisposición (en defecto de prueba en contrario que documentalente lo acredite) y por tanto incluida en el marco de los artículos 1 y 3 de la Ley 7/1998 .

No se trata de prueba dificultosa o diabólica (incluso con la inversión de la carga probatoria en el marco del TR 1/2007 respecto de **consumidores** y usuarios) sino de la necesidad de que se ofrezca transparentemente la información que la entidad financiera tiene en su poder (si es que la tiene) al objeto de acreditar los sucesivos pasos que en una entidad cotizada y sujeta a supervisión de dos instituciones deben obligatoriamente existir.

Por tanto ,y partiendo de la prueba que hemos señalado se valora conforme al artículo 319 LEC , que la oferta vinculante mostrada (y no protocolizada) por ante notario coincida con la escritura pública en relación a los supuestos financieros de la misma y que afectan a la hoy discutida cláusula suelo no prueba en absoluto que la misma se entregara con plazo suficiente al hoy demandante y prestatario al objeto de poder comprobar la misma y de analizarla. No probado eso difícilmente , en el mismo iter, queda acreditado que se le expusiera o explicara, que se le proyectarán otros aspectos o que se intentara responder a las dudas que el mismo pudiera tener al objeto de una comprensión clara de la misma.

Quizás lo anterior resulte contraria con el supuesto señalado de haber podido comprobar , el hoy demandante, dicha escritura por ante la notaría a. Algo que hemos de declarar probado por la valoración que de la escritura se ha hecho.No puede el actor (sin más prueba que una interpretación literal) venir ahora y decir que lo que afirma el notario no es cierto pues si así lo fuera estaríamos ante otros supuestos más graves que la simple afirmación. Queda acreditado que el hoy demandante comprobó la citada minuta por ante notario; lo que no queda tan claro es cuándo y de qué forma la comprobó.

Al respecto del primer apartado no se indica en qué momento ha sido comprobada pudiendo serlo desde el mismo momento (no indicado expresamente) en que fue puesta a disposición del notario y hasta un momento anterior a la firma del mismo. Como ya decimos esta comprobación puede ser contradictoria con la información ofrecida tal y como se ha analizado anteriormente, pues en cualquier caso alguien tuvo que decirle al hoy demandante que la misma estaba a su disposición. Sin embargo nada de esto se acredita mediante prueba suficiente y que en realidad va más allá (por la propia sistemática de la operatividad del funcionamiento



de estos productos y entidades y por muy denostado que esté el artículo 51 del Código de comercio que sigue siendo aplicable) de una simple comunicación verbal. No se acreditan llamadas telefónicas al cliente (algo que es fácil de acreditar por la entidad financiera) ni la misma remisión por la entidad financiera al propio cliente de dicha minuta; no se acredita ninguna comunicación por parte de la notaría al cliente. Se trata de pruebas documentales que indicarían claramente esa voluntad de cumplir y el cumplimiento mismo de las obligaciones que fija la STS de 9 de mayo de 2013 .

Y nuevamente, en relación a dicha contradicción, debemos señalar que difícilmente podemos entender comprendida la citada cláusula si partimos de lo anteriormente señalado (incluso en el supuesto hipotético de que se hubiera comprobado con asistencia previa a la notaría pues en cualquier caso será dentro de los tres días hábiles anteriores a la firma y por tanto no computándose el día de la misma) cuando la firma se produce en fecha de 13 de julio de 2007 pero ha de adicionarse en fecha de 12 de septiembre de 2007 (dos meses después) una diligencia para hacer constar que el avalista recogido no es el avalista de la operación. A resultas de ello oferta vinculante, minuta y escritura pública resultan ciertamente erróneas. Pero la cuestión más clara de ello es que más bien parece una firma apresurada en la que se pone a disposición la misma en la notaría y el cliente llega y firma sin más comprensión que lo que pueda resultar de lo que aquí no se ha probado hubiera existido. No es un mero error es un argumento más de la falta de lectura serena y pausada, comprensible y transparente que la normativa de **consumidores** y usuarios y la Ley de Condiciones Generales de la contratación (artículos 5 y 7) pretenden y exigen.

A todo lo anterior conviene- como ya se ha anticipado- señalar que las partes (de común) han admitido (sin aportar el documento al efecto que así lo acredite) que existe un pacto entre ellas , privado, al objeto de dejar sin efecto la cláusula durante un tiempo. Desconocemos los términos de la misma pero en cualquier caso debemos interpretar la existencia de este documento que se afirma en favor del propio **consumidor** entendiendo que la entidad demandada debería (y podría fácilmente haberlo hecho) haber aportado dicho documento a los efectos de probar las razones que motivan el mismo, cuándo y con qué afectación o alteración de otros elementos (si es que existen) se formula. Quien se quiere beneficiar de un documento debe estar también a las resultas de aquello que le perjudique (art. 1228 Cc) resultando que como hecho posterior (art. 1282 en relación al 1285 Cc) la interpretación del contrato debe hacerse en conjunto incluido con la cláusula privada que se hubiera pactado y que las partes han reconocido. Carga de la prueba que igualmente correspondía al demandado pero que limita la posibilidad de interpretación al no haber sido aportada y que por lo tanto beneficia (art. 1284 y 1288 Cc) al **consumidor** demandante.

De esta forma la existencia de un acuerdo privado motiva esencialmente, ante la falta de dicha aportación, una interpretación de conformidad al artículo 1.289 del Código Civil y por tanto hacia la mayor reciprocidad de las prestaciones lo que conlleva (incluso con la afectación del elemento esencial del contrato) que su eliminación o suspensión en realidad suponga el reconocimiento por parte de la entidad demandada de la existencia de esa falta de reciprocidad si bien escondida tras una suspensión temporal (in bonis) que más bien parece una adecuación del contrato a la realidad de lo que se quiso contratar (art. 1282 en relación al art. 1286 del Código Civil).

Tercero: Sobre la abusividad alegada.

Al margen de la incorporación y de la transparencia que se incluye en la misma o que se analiza en relación a la comprensión jurídico-económica del producto en la incidencia e impacto respecto del **consumidor**, lo cierto es que el mismo funcionamiento de la cláusula tal y como se acredita en relación al tipo de interés pactado inicialmente y el que se desarrolla con posterioridad en relación a la tendencia (no proyectada e informada) y la fecha en la que se contrata el producto resulta del todo incomprensible que pueda existir un reparto de equilibrios o de riesgos que respete esa no abusividad. La misma dinámica de actuación mediante la suspensión afirmada temporal pone de manifiesto un reconocimiento implícito de ello, lo que nos lleva a entender que en realidad la cláusula funcionó como un interés fijo a un porcentaje importante en virtud de una tendencia que conllevó que el hoy demandante viniera pagando de forma semejante a lo pactado pero nunca inferior a lo que ya se presumía. El funcionamiento de la cláusula limitaba una operatividad o desarrollo propio de estas cláusulas que pretenden (legítimamente) proteger el mercado de productos o servicios respecto de quien los ofrece si bien evitando (y así debe ser) que con ello se consiga una limitación extraña o al margen del propio desarrollo del mercado del dinero.

Los datos que se nos ofrecen (dentro de la libertad de pactar objeto y precio por las partes) mediante la documental aportada por la actora recogen fluctuaciones de los tipos de interés que en nada se corresponden con las limitaciones establecidas. La tendencia desde agosto de 2008 es a la baja mientras que la primera revisión (que era previsible plantear por la forma en que opera respecto de los intereses que se suceden en el tiempo anterior) ya se sabía iba a ser superior a esa tendencia e incluso a los intereses en función del cálculo



de la misma. Cuando , según la información ofrecida, se establece un periodo de suspensión, los intereses se sitúan muy por debajo del límite que inicialmente se aplicaba y se recogió.

El mercado interbancario funciona con instrumentos de cobertura (por un lado) y descuenta mediante el sistema de compra y venta de dinero el precio de aquel que en sí mismo supone una determinada operación de activo . Es decir la entidad financiera no permanece apalancada mediante la compra de dinero y su préstamo posterior salvo en lo relativo a las operaciones de pasivo que no obstante cubre con operaciones inversas (además provisiones por ante el Banco de España que legalmente se exijan en todos los supuestos). El movimiento de capitales es rápido, busca eficiencia y coberturas de riesgo y por tanto el régimen se considerará abusivo en tanto la previsión constata que se supera el límite de la abusividad. Cualquier cláusula de este tipo por tanto puede ser revisada en este sentido en aplicación de la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 26 de febrero de 2015, Asunto C-143/13 , (ECLI:EU:C:2015:127).

Cuarto: Reclamación de cantidades.

Frente a los diferentes criterios de las Audiencias Provinciales el Tribunal Supremo acaba de anunciar (aún sin contenido concreto de la sentencia) cierta interpretación de la posibilidad de reintegrar cantidades en desarrollo de la doctrina que parte de lo previsto en la STS de 9 de Mayo de 2013 .

La Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, tiene un criterio unánime en este sentido que se adecúa a lo ya anunciado.

Por lo tanto debemos, por seguridad jurídica, partir de la reintegración de cantidades desde que fue reclamada extrajudicialmente la eliminación de dicha cláusula como criterio general y reconocido (al no existir sello del banco por ante el que se presentó) desde 7 de octubre de 2013.

No obstante lo anteriormente dicho en relación al funcionamiento de la cláusula y a ese periodo en que la parte mantuvo esa suspensión que se señala como elemento trascendental (uno de entre los señalados) para considerar la actuación de la entidad financiera en este supuesto, debemos retraerlo (con el mismo carácter excepcional) a la fecha de 1 de marzo de 2011 en donde se dejó de aplicar la citada suspensión y se volvió a aplicar la citada cláusula limitativa.

Quinto: Costas.

Procede la imposición de costas a la parte demandada de conformidad al artículo 394 LEC en virtud de la estimación de la acción principal y sustancialmente la acción de reclamación de cantidades.

De conformidad a los anteriores.

FALLO.

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO LA DEMANDA presentada por D. Fabio representados por el procurador Sra. Navarro Vidal y defendido por el letrado Sr/a. Martinez Muriel contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. , representada por el procurador Sra Sanchez y defendido por el letrado Sr. Muriel y en consecuencia:

Primero: Debo declarar y declaro la nulidad de la condición general de la contratación que une a las partes en el préstamo hipotecario de 13 de julio de 2007 limitativa del interés (cláusula suelo) , debiendo rehacer y recalcular el cuadro de amortización, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

Segundo: Debo condenar y condeno a la demandada a la devolución de las cantidades pagadas de más por la demandante desde la fecha de 1 de marzo de 2011 en aplicación de la citada cláusula.

Tercero: Con expresa imposición de costas a la demandada.

Así por esta resolución lo pronuncio, mando y firmo.

MAGISTRADO.

Contra la presente resolución se podrá interponer recurso de apelación por ante la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada a presentar en el plazo de 20 días por ante este juzgado previo depósitos, tasas y consignaciones necesarias conforme a la legislación vigente, lo que deberá hacerse en la cuenta de este juzgado. No obstante no serán recurribles las sentencias cuya cuantía no supere los tres mil euros.