



Roj: **SJM Z 3664/2016 - ECLI:ES:JMZ:2016:3664**

Id Cendoj: **50297470012016100198**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2016**

Nº de Recurso: **296/2015**

Nº de Resolución: **233/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL SERRANO LASANTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO MERCANTIL N. 1ZARAGOZA

SENTENCIA: 00233/2016

JUZGADO MERCANTIL Nº UNO DE ZARAGOZA

CIUDAD DE LA JUSTICIA, PLAZA EXPO, 6 EDIFICIO VIDAL DE CANELLAS, ESC F, 2ª

Teléfono: 976-208702 / Fax: 976-208704

N04390

N.I.G. : 50297 47 1 2015 0000618

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000296 /2015

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña. Ricardo , Almudena

Procurador/a Sr/a. ALBERTO JAVIER BOZAL CORTÉS, ALBERTO JAVIER BOZAL CORTÉS

Abogado/a Sr/a. JUAN CARLOS CENTENO HERNANDEZ, JUAN CARLOS CENTENO HERNANDEZ

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

Procurador/a Sr/a. MARIA DOLORES SANZ CHANDRO

Abogado/a Sr/a. JORGE CAPELL NAVARRO

SENTENCIA

En Zaragoza, a 3 de octubre de 2016.

Vistos por S. Sª Dña. Ana Isabel Serrano Lasanta, Magistrado-Juez de Adscripción Territorial de los Juzgados de lo Mercantil de Zaragoza, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos en este Juzgado bajo el número 296/2015, a instancia de Ricardo Y Almudena , representados por el Procurador D. Alberto Javier Bozal Cortés y asistidos por el Letrado D. Juan Carlos Centeno, contra BANCO POPULAR , S.A. representado por la Procuradora Dña. Mª Dolores Sanz Chandro y asistido por el Letrado D. Jorge Capell Navarro,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Procurador D. Alberto Javier Bozal Cortés, en representación de la parte demandante, se formuló escrito de demanda de juicio ordinario que correspondió a este Juzgado en fecha 26-5-2015. Tras aducir los fundamentos de hecho y de Derecho que entiende aplicables al caso en apoyo de su pretensión, termina suplicando se dicte Sentencia en la que se estime íntegramente la demanda formulada.



Segundo.- La demanda fue admitida por Decreto dictado por este Juzgado, emplazándose a la parte demandada para que contestase a la misma. En representación de la parte demandada compareció la Procuradora Dña. M^a Dolores Sanz Chandro, quien presentó escrito de contestación en plazo oponiéndose a la pretensión formulada de contrario y suplicando se dictase Sentencia por la que se desestimase íntegramente la demanda.

Tercero.- Tuvo lugar la celebración de la audiencia previa el día señalado al efecto, 17-11-2015, compareciendo a la misma ambas partes debidamente asistidas de Abogado y Procurador. Por la actora se propusieron los siguientes medios de prueba: documental. Por la parte demandada se propusieron los siguientes medios de prueba: documental, testifical. Fueron admitidos los medios propuestos, señalándose a continuación la fecha del correspondiente juicio.

Cuarto.- En el acto del juicio, celebrado el día señalado, 21-7-2016, se practicaron las pruebas admitidas con el resultado que obra en el soporte audiovisual que se acompaña. En el mismo acto las partes formularon oralmente sus conclusiones y quedaron las actuaciones conclusas y vistas para Sentencia.

Quinto .- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero .- Ejercita la parte actora contra IBERCAJA BANCO, S.A. las siguientes acciones: acción de nulidad de las condiciones generales de la contratación incluidas en el préstamo con garantía hipotecaria (cláusula de limitación del tipo de interés aplicable) del cual resulta la actora prestataria, por considerarlas abusivas y nulas conforme a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y al RDL 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la defensa de **Consumidores** y Usuarios y otras Leyes complementarias, y a la jurisprudencia que cita, ateniéndose fundamentalmente a la STS 9 de mayo de 2013 . Como consecuencia de lo anterior, solicita la parte demandante se dicte Sentencia, por la que se declare la nulidad de la cláusula que indica la limitación del tipo de interés aplicable al préstamo hipotecario reflejado en la escritura otorgada el 31-10-2006 que se cita, teniéndose por no incorporada. Se interesa además que se condene a la demandada a recalcular y rehacer el cuadro de amortización del préstamo hipotecario y que regirá en lo sucesivo contabilizando el parcial que debió ser amortizado, devolviendo la cantidad que se hubiera cobrado en virtud de la cláusula declarada nula, cantidad a determinar en ejecución de Sentencia, todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

La parte demandada se opone a la estimación de la demanda alegando la inexistencia de requisitos en el presente caso para la declaración de nulidad pretendida, habiendo proporcionado información suficiente a los actores en relación a las cláusulas en cuestión, que se afirma fueron objeto de negociación individual, entendiéndose que la redacción de la cláusula es adecuada, aludiendo a la existencia de actos propios confirmatorios del conocimiento de la validez y eficacia de la cláusula suelo por parte de los actores, solicitando por todo ello la desestimación de la demanda con imposición de costas a los actores.

Segundo .- El 31-10-2006 los actores formalizaron escritura notarial de préstamo con garantía hipotecaria con motivo de la adquisición de vivienda destinada a residencia habitual (documento 1 de la demanda). La garantía hipotecaria se estableció a favor de la entidad financiera.

Según el contrato, se entregó a la prestataria un capital de 172 000 euros. Se estableció un tipo de interés fijo durante un primer periodo del 4, 2 % y a partir de ese momento un interés variable (Euribor mas 1, 250 bonificable a Euribor + 0, 50%). Se insertó cláusula suelo-techo por medio de la cual se limitaba el tipo de interés aplicable a un mínimo del 4, 00 % nominal anual y al 12, 50% nominal anual, del que se afirma en la demanda no se informó con carácter previo a los prestatarios, que contrataron en la creencia de que se trataba de un préstamo a interés variable.

Tercero .- Hay que partir de que la cláusula suelo, atendiendo al proceso que ha seguido para su inclusión en el contrato en cuestión, tiene naturaleza de condición general de la contratación, y forma parte del precio que debe pagar el prestatario, definiendo el objeto del contrato al consistir en un método de cálculo del mismo (STS 9 de mayo P.188 a 190). No resulta controvertida la condición de **consumidores** de los demandantes ni el destino del dinero obtenido con el préstamo en cuestión. Por la demandada no se aporta medio de prueba que venga a contradecir lo afirmado en relación a su falta de conocimientos financieros en particular, sin que la manifestación de la demandada relativa a que los prestatarios cuentan con estudios universitarios tenga relevancia a los efectos de la cuestión aquí controvertida. Sentado lo anterior, para determinar si la cláusula suelo es abusiva debe ser sometida a un doble control:

- El primer control a realizar es el de inclusión, es decir, el control del cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales al contrato, conforme a los artículos 5 y 7 de la Ley 7/98 (LCGC).



Una de las formas de superar dicho control, según la STS de 9 de mayo (f. 202), es cumplir con lo preceptuado en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, ya que garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas, de determinación de intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del EURIBOR; tales requisitos son la puesta a disposición, claridad, comprensibilidad, concreción y sencillez en su redacción.

En este caso es la entidad financiera quien tiene la carga de probar que entregó a la prestataria la información necesaria para que suscribiese el préstamo plenamente informada de las condiciones del mismo. Sin embargo nada acredita al respecto, pues ninguna concreta prueba se aporta de ello, aludiendo a diversas circunstancias concurrentes por las que considera que se informó plenamente de las cláusulas cuestionadas. No resulta acreditado que se entregara folleto informativo de las condiciones del préstamo, ni oferta vinculante con carácter previo a la firma del contrato que pueda considerarse suficiente a los efectos aquí debatidos. A la vista de la documentación aportada, la entidad bancaria tampoco quedaba eximida de garantizar la observancia de lo establecido en la LCGC para incorporar con todas las garantías dichas condiciones en las que una de las partes del contrato es adherente al mismo, y por ende es una parte que no ha intervenido en la configuración del contrato emitido en masa por el predisponente.

Por tanto, es la demandada quien tiene la carga de probar que entregó la información necesaria para que se suscribiese el préstamo por los prestatarios con plena información de las condiciones del mismo. No se propone interrogatorio de los actores. Se aporta documental consistente en "Oferta vinculante de condiciones financieras que presenta BANCO PASTOR S.A. a D. Ricardo Y Dña. Almudena ", haciéndose constar en el propio documento "Para préstamo hipotecario sobre vivienda a interés variable "Euribor"" (documento nº 14 de la demanda, de 26-10-2006).

La única prueba aportada al respecto y en relación al momento de la contratación es la declaración del testigo, Adrian , empleado de la demandada y persona que intervino en la contratación, cuya imparcialidad se ve afectada por su relación con la entidad financiera y cuyas respuestas respecto a la información suministrada a los actores en el caso concreto se centran en la manifestación relativa a que se informó verbalmente a los mismos de las condiciones del contrato, lo cual resulta carente de sustento documental que lo corrobore. Al respecto, como indica la Sección 5ª de Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza en la Sentencia de 8 enero de 2014 en cuanto a la solicitud de préstamo y la información dada que resulta de aplicación en lo sustancial *"no han de ser tomadas en cuenta las aseveraciones de los trabajadores de la entidad financiera acerca de que la misma hubo de ser anterior en al menos dos semanas a la firma de la escritura, por no ser un documento ni legalmente preciso, ni consta, y esta carga era indudablemente de la actora, que los actores la suscribiesen antes de la firma de la escritura pública de subrogación del préstamo hipotecario y con la debida pausa y tranquilidad para reflexionar sobre la conveniencia de la misma en cuanto suponía la solicitud del crédito hipotecario en unas determinadas condiciones, ni, mucho menos que las condiciones allí reflejadas les hubiesen sido explicadas por persona de la entidad demandada, piénsese que en cuanto mera solicitud puede perfectamente ser considerado como un mero requisito de carácter formal para, por ejemplo, justificar la apertura de un expediente administrativo interno en la entidad, pero en modo alguno ni tiene transcendencia jurídica la firma de la misma, ni siquiera acredita la correcta información sobre el contenido de la solicitud, precisamente por su nula transcendencia jurídica; se pueden suscribir sin consecuencia alguna para los solicitantes, ni siquiera puede en este caso concreto racionalmente inducirse que hubieran sido explicadas las cláusulas que extractadamente en el figuran"*. Pese a todo ello el testigo pone de manifiesto que no ofreció simulaciones, que el suelo era innegociable en ciertas épocas, no resultando pues acreditado que los actores recibiesen información sobre la cláusula controvertida con anterioridad a la firma de la escritura pública de préstamo hipotecario, y con la debida pausa y tranquilidad para reflexionar sobre la conveniencia de la misma en cuanto suponía la solicitud del crédito hipotecario en unas determinadas condiciones, ni que las condiciones allí reflejadas les hubiesen sido explicadas por personal de la entidad demandada.

No resulta pues acreditado que la parte actora recibiese información sobre la cláusula controvertida con anterioridad a la firma de la escritura pública de préstamo hipotecario, y con la debida pausa y tranquilidad para reflexionar sobre la conveniencia de la misma en cuanto suponía la solicitud del crédito hipotecario en unas determinadas condiciones, ni que las condiciones allí reflejadas le hubiesen sido explicadas por personal de la entidad demandada.

Ni siquiera la cláusula impugnada, considerada de forma aislada, podría cumplir con los requisitos de incorporación de los artículos 5 y 7 LCGC, es decir, de transparencia, claridad, concreción y sencillez, por la forma en que la misma se encuentra redactada (dentro de la cláusula "TERCERA BIS.- 4", ubicada entre gran cantidad de datos relativos al tipo de interés aplicable. En el caso de **consumidores** y usuarios, la inclusión de una cláusula en el contrato debe ir acompañada de otros datos o indicios que permitan apreciar que el **consumidor** tiene una comprensión de lo que está contratando. De la concreta redacción de la cláusula, así



como del lugar en que se sitúa en el marco del contrato, no se puede deducir un perfecto conocimiento de la misma, ni de su trascendencia e incidencia en la ejecución del contrato, de manera que el **consumidor** pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente.

- El segundo control es el de transparencia, que conforme a la STS 9 de mayo de 2009 debe valorar que la "(...) información suministrada permita al **consumidor** percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenidos de su obligación de pago y tener conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato" (f.211). Es decir, "Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al **consumidor** identificar la cláusula como definitoria del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos" (f. 256), sin que sea preciso que exista equilibrio. Se trata de un "control de comprensibilidad real de su importancia en desarrollo razonable del contrato" (f. 215b).

El TS ha indicado indicios para valorar tanto la comprensión real de que la cláusula suelo forma parte del precio, como su trascendencia económica, dichas circunstancias son parámetros a tener en cuenta para formar un juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. La presencia aislada de alguna, o algunas, no determina por sí sola que "pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo", y aplicar las consecuencias oportunas en su caso. Se trata de determinar que el **consumidor** conocía, pudo conocer, que el préstamo que contrataba tenía un tipo de interés mínimo fijo del que no se beneficiaría en un futuro de las bajadas del tipo de referencia.

Por último, y en relación a las alegaciones relativas a los actos propios de los actores y la posible convalidación de la nulidad por reclamaciones posteriores de los actores, se aporta documental y la declaración del empleado de la entidad Carmelo, presente en el momento de las reclamaciones posteriores de los actores pero no de la contratación. Se alega por la demandada que los actores han solicitado en varias ocasiones la rebaja o eliminación del suelo con posterioridad a la firma del contrato, accediendo a ello la entidad financiera. No puede considerarse que un acto nulo desde el inicio pueda ser convalidado por actos posteriores, sin que los acuerdos a que alude la demandada puedan ser calificados como actos dispositivos válidos a los efectos de convalidar una cláusula nula en origen, dándose la imposibilidad de convalidar esta por sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del **consumidor** ya que "la convalidación de una cláusula nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno- en este sentido pueden citarse la Sentencia de la AP de Ciudad Real (Sección Primera) de 5 de marzo de 2014 y la de la Audiencia Provincial de Burgos (sección Tercera) de 12 de septiembre y 17 de octubre de 2013-" (Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 18-2-2016 y Sentencia de 14-3-16). A la vista de todo ello se concluye que la cláusula suelo discutida en ambos préstamos es nula, por abusiva, por falta de transparencia. En el presente caso además se aportan varios documentos de reclamación extrajudicial y previa a la demanda formulada por los actores, así como documento de la entidad financiera accediendo a una rebaja solicitada por los prestatarios en cuanto a la aplicación del tipo de interés en varios periodos (documentos 2 a 13 de la demanda). Por todo lo expuesto debe declararse la nulidad de la cláusula impugnada de conformidad con lo interesado en la demanda, procediendo la estimación íntegra de la misma.

Cuarto.- Sentado lo anterior, además atendiendo a la prueba practicada y lo manifestado por el TS en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 y su posterior Auto aclaratorio, se concluye que la demandada no dio la importancia decisiva que tenía la cláusula en el contrato, pues se trató con carácter "impropiamente secundario", ya que no llegó a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de la prestataria, y tampoco se aprecia que fuera percibida como relevante por esta, y ello conforme a la siguientes razonamientos:

- No se acredita que la entidad financiera realizara simulaciones relacionadas con diferentes escenarios previsibles del comportamiento del tipo de referencia, que permitieran percatarse de la trascendencia de la cláusula de limitación del tipo de interés aplicable en el importe de la devolución de las cantidades. Las mismas son necesarias para que el prestatario comprendiera que estaba contratando un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo, y que no se beneficiaría en el futuro de las bajadas del tipo de referencia.

- Tampoco consta que se diera una información clara y comprensible sobre el coste comparativo del préstamo con otros productos de la propia entidad en los que no se incluyera tal límite.

- Ni tan siquiera se acredita que se informara de cuál sería la cuota mínima que, de acuerdo con la cláusula suelo debería abonarse por la parte prestataria en cualquier caso.

De todo ello se desprende que a la cláusula impugnada se le dio un tratamiento secundario, estaba insertada entre gran cantidad de datos que diluyen la atención del prestatario, es decir: un elemento esencial del contrato aparece en el mismo con una mera referencia, lo que dificulta la identificación de una condición que aisladamente resultaría clara. A la vista de todo ello se concluye que la cláusula suelo discutida es nula, por



abusiva, por falta de transparencia . Por todo lo expuesto debe declararse la nulidad de la cláusula impugnada de conformidad con lo interesado en la demanda, procediendo la estimación íntegra de la misma formulada en el presente caso.

Quinto .- Con respecto a las consecuencias de la declaración de nulidad y la petición de reintegro de cantidades cobradas en exceso por parte de la demandada, en el presente caso la actora interesa la devolución de las cantidades pagadas indebidamente con los intereses legales. De conformidad con la doctrina establecida por el TS en sentencias de 9 de mayo de 2013 y concretada en las sentencias de 24 y 25 de marzo de 2015 , que determinan como doctrina la irretroactividad respecto a la restitución salvo en aquello que se hubiera percibido tras la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 , es procedente estimar la devolución de las cantidades reclamadas desde la fecha mencionada. Se interesa además, de conformidad con la declaración de abusividad establecida, se condene a la demandada a recalcular y rehacer el cuadro de amortización del préstamo hipotecario y que regirá en lo sucesivo, contabilizando el parcial que debió ser amortizado, lo cual resulta procedente estimar al resultar una consecuencia de la propia declaración de nulidad, con excepción de la petición relativa a contabilizar el parcial que debió ser amortizado, dado que se ha estimado la petición de devolución de cantidades impagadas en aplicación de la cláusula nula.

Sexto.- Al haber sido estimada la demanda las costas procesales causadas en el presente procedimiento resultan de imposición a la parte demandada, de acuerdo con lo que dispone el art. 394.1 de la LEC .

Vistos los artículos citados, sus concordantes, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que, estimando íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de Ricardo Y Almudena contra BANCO POPULAR, S.A. debo declarar la nulidad de la cláusula que indica la limitación del tipo de interés aplicable al préstamo hipotecario reflejado en la escritura otorgada el 31-10-2006 que se cita, teniéndose por no incorporada. Se condena a la demandada a recalcular y rehacer el cuadro de amortización del préstamo hipotecario que regirá en lo sucesivo, y a devolver la cantidad que se hubiera cobrado en virtud de la cláusula declarada nula, cantidad a determinar en ejecución de Sentencia, desde la fecha de publicación de la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 , mas los intereses legales correspondientes. Todo ello con imposición de las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de APELACIÓN, del que conocerá la Audiencia Provincial de Zaragoza, debiendo interponerse ante este Juzgado dentro de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación, de conformidad con el art 458 LEC , previa consignación en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, del depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ .

Llévese el original al Libro de Sentencias y expídase testimonio de la misma para incorporarlo a las actuaciones.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN .- Se ha dado, leído y publicado la sentencia anterior por la Magistrada- Juez que la ha dictado, celebrando audiencia pública, el día de la fecha. Doy fe.