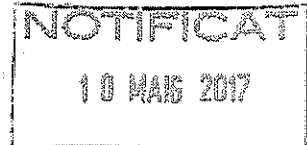


JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 2 SANT BOI DE LLOBREGAT

Procedimiento: Juicio Ordinario n° 105/2016

SENTENCIA N°



En Sant Boi de Llobregat, a 4 de mayo de 2017.

..., Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
núm. 2 de Sant Boi de Llobregat, ha visto los autos de Juicio Ordinario n° 105/2016,
promovidos por ..., representada por el Procurador
... y defendida por el Letrado ..., contra
BANCO POPULAR ESPAÑOL SA representado por el Procurador
... defendido por el Letrado ...

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado la demanda de juicio ordinario presentada por ... SL contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA en la que la parte actora insta acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, subsidiariamente nulidad por vicio en el consentimiento y reclamación de cantidad, y después de relacionar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, solicita que se dicte sentencia por la que se declare:

- 1) La nulidad de la cláusula contractual 4 "Limites de variabilidad del tipo de interés" con todos los efectos inherentes a tal declaración.
- 2) La retroactividad de los efectos de la declaración declarando que la entidad proceda a la devolución de aquellas cantidades abonadas indebidamente durante la aplicación de dicha cláusula y subsidiariamente desde el 9 de mayo de 2013.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada, contestó la demanda oponiéndose a la misma en base a los hechos y fundamentos de derecho que relaciona, y solicitando su desestimación.

TERCERO.- Las partes fueron convocadas a la audiencia previa que se celebró sin llegar a ningún acuerdo. Propuesta la prueba y consistiendo la misma en documental, quedaron los autos vistos para sentencia.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la parte actora se formula demanda de juicio ordinario en la que solicita se declare la nulidad de la cláusula suelo, por considerarla abusiva, del

contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha 12 de junio de 2008 y en virtud del cual se prestaba a la actora la suma de 220.000 €, constituyendo como garantía del mismo la hipoteca sobre la finca debidamente identificada en los documentos adjuntos a la demanda.

Los motivos alegados en la demanda para justificar la abusividad de la citada cláusula suelo (cláusula financiera tercera bis 4) del contrato de préstamo hipotecario son no superar ni el control de inclusión ni tampoco el control de transparencia. Subsidiariamente se solicita la declaración de nulidad por error en el consentimiento prestado conforme al artículo 1265 del Código Civil.

SEGUNDO.- La demandada se opone manifestando que la actora no puede ser considerada consumidor. Añade que la cláusula cuya nulidad se insta no es abusiva por superar el control de incorporación y de contenido y en caso de considerarse consumidor a la parte actora, supera el doble control de transparencia, no es contraria a la buena fe, y no causa, en perjuicio al consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

TERCERO.- En relación a la condición de consumidora de la actora, primer hecho controvertido, ha de recordarse que la condición de consumidor no es una cualidad in genere que en todo caso concurre respecto de una persona física o jurídica, sino que es una cualidad que no se presume legalmente y que se ostentará, en su caso, en función de un actuar concreto determinado, debiendo ser los prestatarios los que acrediten este carácter.

En cuanto al concepto de consumidor la Sentencia nº 280/2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª, de 30 de septiembre de 2015 aclara que *"La muy conocida Directiva 93/13 CEE, reservada a la protección de consumidores dentro de la contratación bancaria frente a cláusulas y prácticas abusivas, ya definió en su artículo 2.b) el concepto de consumidor entendiendo por tal a "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional", mientras que por profesional se entiende "toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada", lo que se reproduce en la transposición de la Directiva a nuestro Derecho interno, primero en la Ley 26/1984, cuando se señalaba en el artículo 1, apartado 3 de la citada Ley "...no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros..."* y, en esta línea, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de diciembre de 2005 indica que *"El artículo 1, apartados 2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico.... No a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió,*

sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (Sentencias de 18 de junio de 1999 , 16 de octubre de 2000 , 28 de febrero de 2002 , 29 de diciembre de 2003 y 21 de septiembre de 2004). Criterio seguido bajo la redacción del actual Texto Refundido 1/2007 de 16 de noviembre, con la escueta consideración de que, a los efectos de esta norma, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, mientras que por profesional-empresario, en la terminología del Texto Refundido, se considera como tal a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.

Más recientemente y en la línea restrictiva viene a incidir la Ley 3/2014 de 28 de marzo que reformó el T.R. de la ley 1/2007 que ahonda en la primitiva idea al modificar el artículo 3 del texto refundido señalando que "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión" (definición que ya había acogido la STS de 18 de junio de 2012), mientras que el artículo 4 califica contractualmente como empresario "a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión."

A mayor abundamiento, la reciente STJUE de 3 de septiembre de 2015 incide en la finalidad del préstamo para calificar la condición de profesional, así "Como el Abogado General ha señalado en los puntos 28 a 33 de sus conclusiones, el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga.

En el caso litigioso, la mera lectura de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria revela que el contrato no se celebró para financiar una operación con consumidores, sino que se trató de un préstamo entre una entidad de crédito y una sociedad mercantil,

SL, de donde se desprende su carácter mercantil (artículo 311 del Código de Comercio). Piénsese que su objeto social "lo constituye el estudio, promoción, realización de obras de construcción por cuenta propia o ajena, tanto pública como privada, así como la tenencia o compraventa de bienes inmuebles y solares y arrendamiento de los mismos (...) y la intermediación de operaciones de compra, venta y arrendamiento no financiero de fincas rústicas y urbanas" y que la finca que se hipoteca propiedad de la prestataria fue adquirida ese mismo día (página 26). Correspondiendo a los prestatarios probar su condición de consumidor, la falta de prueba sobre este extremo no puede sino concluir que la finalidad del préstamo solicitado por la mercantil consistente en la financiación de la vivienda adquirida el mismo día y en escritura previa tiene cabida en su objeto social, que no es otro que la compraventa de inmuebles y en consecuencia negar su cualidad de consumidor. No le es pues de aplicación a la actora la normativa especial

de protección de los consumidores y usuarios.

CUARTO.- Sentado lo anterior es de señalar que en el caso de autos puede resultar de aplicación, la normativa general sobre condiciones generales de contratación. Tal y como se expuso en la Sentencia nº 280/2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª, de 30 de septiembre de 2015 cabe recordar a las partes que si bien la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 (STS nº 241/2013), en su fundamento jurídico 233 c), rechaza expresamente que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario, en su fundamento jurídico 201, recuerda que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no.

En consecuencia, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.5 LCGC que dispone "la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" y en el artículo 7 LCGC que dice "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.

QUINTO.- Hechas las anteriores consideraciones, lo primero que debe analizarse es si la cláusula controvertida del préstamo concertado entre ambas partes puede ser calificada como condición general de la contratación.

La propia Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ya dejó dicho que este tipo de cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, estableciendo como notas definitorias de gran interés para lo que aquí importa: «a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que éstas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes. c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial».

Concluyendo dicha resolución, en lo que se refiere al sistema de imposición y vinculación de las condiciones generales de la contratación, lo siguiente: « a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el adherente no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas

ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario».

Ello no obstante, y a fin de evitar equívocos - añade la sentencia-, «la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, se trata de un fenómeno que comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico. De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, que "la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad "».

Manifestado lo anterior y conforme a ello, en el caso de autos la cláusula discutida del contrato de préstamo concertado entre la actora y demandada ha de considerarse como cláusula impuesta en el ámbito de una condición general de la contratación.

SEXTO.-Afirmado el carácter de la cláusula suelo, objeto del presente procedimiento, como condición general de la contratación la misma puede ser sometida a un control de transparencia e incorporación.

Aunque se cumplan los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y que se le facilite un ejemplar -arts. 5 y 7 LCGC-), con ello no es suficiente. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente, porque no garantice que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte, ni tampoco permita la adecuada elección del cliente en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, puesto que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, lo que se pretende asegurar es que el prestatario tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que «convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euríbor)». Es decir la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle

a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente. En este ámbito, la existencia de una cláusula "techo" es, no ya irrelevante, sino directamente engañosa, en cuanto que genera una apariencia de simetría que induce a creer que el tipo de interés pactado es un tipo variable dentro de una banda con máximo y mínimo. Si, como es habitual, el techo es lo suficientemente elevado, no puede decirse que, económicamente, restrinja significativamente la variabilidad del tipo de interés.

Por ello, concluye el Tribunal Supremo: «En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; e) En el caso de las utilizadas ..., se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor».

Aplicando esta doctrina al caso de autos puede concluirse que, aunque la prestataria no sea consumidora, la información respecto a la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo hipotecario (Documento nº 2 de la demanda) es, a todas luces, insuficiente. En efecto, si la misma supera el control de inclusión, a efectos de su incorporación como condición general en el contrato, no lo hace en relación al de claridad exigible en las cláusulas, sean generales o particulares, infringiendo así, no ya la legislación de consumidores (que aquí no es aplicable), sino las previsiones generales para cualquier contrato del artículo 1258 del Código Civil. Y es que lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo - recordemos que el informe del Banco de España indica que « estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas »-, de forma que, el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

Por tanto, la cláusula analizada no es plenamente transparente, y ello por cuanto que falta la información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. Además, ha de tenerse muy presente lo

establecido por el Tribunal Supremo en lo relativo al reparto de riesgos entre las partes, que incide netamente en la falta de transparencia; diciendo la STS nº 241/2013: « Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el Informe del Banco de España [...] depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes (...). Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia (lo que es trasladable a la cláusula suelo del préstamo suscrito entre los litigantes en los presentes autos, añadimos nosotros), 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 ».

Conforme a lo dicho, en este caso, teniendo en cuenta la diferencia de posición entre una entidad de crédito de importancia en el mercado financiero nacional como es la demandada, y la actora, que pide el préstamo hipotecario al objeto de comprar una edificación para su posterior venta, las consideraciones que hace el Banco de España sobre la imposición de estas cláusulas a la clientela y la falta de prueba de que efectivamente la cláusula de limitación de intereses se negociara realmente y la prestataria fuera consciente de su alcance (insistimos, que no contrataba un préstamo a interés variable, sino uno a interés fijo variable al alza), no se puede sino considerar que la cláusula suelo objeto de controversia es nula; puesto que como precisó el Auto de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2014 , aclaratorio de la STS nº 241/2013 , «la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia»; es decir, se predispone exclusivamente a favor de una de las partes, aprovechando su posición contractual de dominio, puesto que la prestataria no puede realmente optar por otras condiciones y la única manera de obtener el préstamo que necesita es pasar por la horca caudina de la cláusula-suelo. Como consecuencia de todo lo cual debe estimarse la demanda y declararse la nulidad de la cláusula impugnada en el préstamo hipotecario referenciado, ordenando su eliminación del contrato celebrado entre las partes conforme a los artículos 9.2 y 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en relación con los artículos 1.256, 1.258 , 1.261 , 1.265 , 1.266 y 1.300 del Código Civil.

SÉPTIMO.- En atención a lo anteriormente expuesto, procede declarar la nulidad de la cláusula ordenando la eliminación de la misma del contenido del contrato, sin que proceda integrar el contrato. En ausencia de dicha cláusula el contrato recobra su esencia como préstamo a interés variable, por lo que la entidad demandada deberá proceder a un nuevo cálculo de los intereses en el desarrollo del

contrato, aplicando los que correspondieren en aplicación de los índices de referencia contenidos en el préstamo hipotecario y sin la limitación que suponía la cláusula suelo. Para el caso de que del nuevo cálculo de los intereses se desprenda que el prestatario hubiere abonado en concepto de intereses una cantidad superior a la que le correspondería una vez eliminada la cláusula suelo, es evidente que surgirá un deber de reintegro de la entidad prestamista que habrá de computarse en los términos establecidos en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, esto es, desde el momento de la celebración del contrato, y cuya liquidación habrá de verificarse en ejecución de sentencia.

OCTAVO. - De conformidad con lo previsto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la estimación de la demanda, se condena en costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos,

F A L L O

ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por

F SL contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL SA** declaro la nulidad de la cláusula contractual 4 "Límites de variabilidad del tipo de interés", y condeno a la entidad demandada a que abone al demandante la cantidad que se determine en ejecución de sentencia conforme al Fundamento Jurídico Séptimo, resultante de aplicar las condiciones del contrato de préstamo sin la referida cláusula desde su celebración; ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación en el término de **VEINTE** días a contar desde su notificación en la forma establecida en el artículo 455 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

PUBLICACION. - La anterior sentencia ha sido dada, leída y publicada por la Ilma. Sra. Juez que la ha dictado en audiencia pública, en el día de su fecha. Doy fe.